الجوانب القانونية
للمرحلة السابقة على التعاقد

الدكتور
محمد عبد الظاهر حسين
أستاذ م القانون المدنى
بكلية الحقوق ببنى سويف
جامعة القاهرة

٢٠٠١/٢٠٠٢

يقول الله تعالى:

"يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام ٠٠٠٠) (سورة المائدة الآية الأولى)

"العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين أما إذا اختلفت قوة كل منهما فى العقد فمن الظلم القول بأنه شريعتهم ٠٠٠"

مقدمة :

تعتبر المرحلة السابقة على إبرام العقد من أهم مراحله وأخطرها، بما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفى العقد وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة سواء منها ما يتعلق بالمخالفات اللاحقة للالتزامات السابق تحديدها فى هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية التى تنشأ على عاتق الطرف الذى بسببه لم ينعقد العقد وتوقفت العلاقات بين الأطراف على هذه المرحلة السابقة على التعاقد. وعادة ما تستغرق هذه المرحلة وقتا طويلا أكثر من الوقت اللازم لإبرام العقد وخاصة فى العقود غير التقليدية التى لا تلائمها القواعد التقليدية للإيجاب والقبول. فهذه القواعد أصبحت غير قادرة على الاستجابة لضرورات وسائل الإنتاج الصناعى وطرق التسويق الحديثة وتعجز عن مجابهة المخاطر التى تنطوى عليها عادة العقود غير التقليدية.

وتأتى أهمية دراسة المرحلة السابقة على التعاقد من ناحية عدم اهتمام المشرع بها فى كثير من الدول مثل اهتمامه بالمراحل التالية على إبرام العقد، إذ إن الحديث فى معظم نصوص التقنين المدنى ينصب على تنفيذ كل طرف فى العقد لالتزامه، وكذا، المسؤولية المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات أو بعضها من خلال التوسع فى الكلام عن المسؤولية العقدية بعناصرها الخطأ والضرر وعلاقة السببية[1].

---

[1] إذ على الرغم من الدور الذى تلعبه المفاوضات فى فروع القانون المختلفة وسواء أكانت على المستوى الداخلى أم على المستوى الدولى والمكانة التى احتلتها على صعيد التجارة الدولية حيث تحكمها مجموعة قواعد نشأت من خلال التطبيق بين التجار، وألزموا أنفسهم بها وتسمى Lex mercatoria وتقوم على تبن كامل لفكرة الحرية التعاقدية وما تتطلبه من أن كل أمر قابل للتفاوض، فعلى الرغم من هذا الدور وتلك المكانة فإننا نادرا ما نجد تشريعات أفردت تنظيما خاصا لهذه المرحلة السابقة على التعاقد، ومن هذه التشريعات النادرة تشريعا إيطاليا واليونان.

وهذا الاتجاه من جانب المشرع أثر بلا شك فى اتجاه الفقه الذى ركز بدوره على مراحل تنفيذ العقد وإنهائه أكثر من تركيزه على المراحل السابقة على إبرامه، ويتضح ذلك من خلال الاطلاع على العديد من الدراسات القانونية المتعلقة بنظرية العقد، إذ نجد معظمها يهتم بدراسة الجوانب والآثار القانونية التى تثيرها المراحل التالية على إبرام العقد.

وأهم جانب من الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد يكمن - من وجهة نظرى - فى كيفية حماية أطراف العقد المزمع إبرامه فى هذه المرحلة. أى حمايتهم فى مرحلة التفاوض للتمهيد لإبرام العقد. إذ أن هذه المرحلة تتطلب التدقيق فى مسائل مختلفة بشأن العقد مثل مواعيد التوريد والتنفيذ والأسعار وشروط مراجعة العقد وضمان حسن التنفيذ. ويتم خلال هذه المرحلة عدد هائل من العمليات، مثل القيام بأعمال تحضيرية وفحوص فنية ودراسات اقتصادية وإعداد خطط المشروع محل العقد وتوفير وسائل التمويل والتأمين[1]. وهذه كلها مسائل تحتاج لإرادة واعية مستبصرة

---

(١) وعادة ما يسفر عن العمليات التى تتم فى هذه المرحلة العديد من الاتفاقات التى تأخذ مسميات مختلفة وتصب فى قوالب متعددة من المستندات يتبادلها الأطراف ويسجلون فيها ما توصلوا إليه من اتفاق حول أمور أو مفاهيم تخص هذه المرحلة. وقد يدل كل مستند من هذه المستندات على اجتياز مرحلة معينة من المفاوضات، ومن هذه المسميات نجد البروتوكول، مذكرة أو خطاب التفاهم أو خطابا النوايا. والمصطلح الأخير هو الأكثر استعمالا ويقوم بتحريره عادة أشخاص ليس لهم دراية قانونية كالمهندسين أو المديرين، ولذلك تأتى صيغته عامة ينقصها الوضوح والدقة مما يصعب من مهمة التكييف والتأكد مما اتجهت إليه نية الأطراف.

ويلاحظ أن مصطلح "خطاب النوايا" من المصطلحات المأخوذة عن الفقه الأنجلو أمريكى حيث ابتدعته هناك الأوساط التجارية والاقتصادية، ولذلك فقد كان من الصعب - فى بداية الأمر - تقبله واستيعابه فى ظل النصوص القانونية فى التقنينات اللاتينية. إلا أنه سرعان ما استقر فى عرف هذه التقنينات ما جرى عليه العمل فى مجتمعاتها. مما يلاحظ أيضا أن المستندات الناتجة عن المرحلة السابقة على التعاقد لا تتمتع جميعا بقوة قانونية وإنما لا تثبت هذه القوة إلا لتلك المستندات التى تحمل اتفاقا معينا ومحددا بين الأطراف واتجاه نيتهم إلى الالتزام بما ورد بها. أما إذا جاء مضمون هذه المستندات فى شكل إجابة عن =

ومدركة لما تقـدم عليه من جانب الطرفين، مما يقتضى البحث فـى توفـير قدر من الحماية للمتعاقدين – أو بالأحرى للمتعاقد الضعيف – أفى مرحلـة ما قبل التعاقد.

ثم يأتى الجانب الثانى لهذه المرحلة ويتعلق بالحالة التى تفشـل فيـها المفاوضات على التعاقد ويكون سبب الفشل راجعا إلى أحد الطرفيـن فـهنا تثور - بلا شك - مسألة نوع ونطاق المسؤولية التى تنشأ على عـاتق هـذا الطرف، وكذلك مدى حق الطرف الآخر فـى المطالبـة بـالتعويض عـن الأضرار التى تصيبه من جراء عدم إبرام العقد، فما أحكام دعوى التعويـض التى يملك رفعها فى هذه الحالة؟.

- استفسارات موجهة من طرف إلى آخر أو فى شكل معلومات متبادلة بينهما فلا يصير لـهذه المستندات قوة قانونية.

CEDRAS, L'obligation de negocier Rev – Tr Dr – Comm, et economique, 1985, P. 265, surtot, P. 277.

ويطلق مصطلح خطاب النوايا على العديد من المستندات التى يتم تحريرها فى المرحلـة السابقة على التوقيع النهائى على العقد، وقد يتضمن خطاب النوايا مقترحات من أحد طرفـى العقد المحتملين أو من كليهما، كما قد يتضمن تعهد أحدهما بأن يقوم بعمل محدد.

وقد أدى انتشار التجارة الدولية واتساع نطاقها إلى زيادة اللجوء إلى خطابات النوايـا، وبخاصة فى مجـال مفاوضات العقود الكبيرة وطويلة الأجل التى تسبقها مرحلـة تفـاوض طويلة، يرى أطرافها أن من الأفضل تسجيل ما يدور فى هذه المرحلة من محادثـات ومـا يعرض فيها من بيانات ومستندات، ويتم تجميع ذلك فى خطاب للنوايا، ولذلك، فإن كل هـذه الخطابات هى وسيلـة لإثبات الاتفاقات الأولية، وإن كانت لا تصل إلى مرحلة أن توصـف بأنها ارتباط عقدى.

انظر فى ذلـك: د. أحمد شرف الدين: أصول الصياغة القانونية للعقـود، ١٩٩٣، ص ٧٠. ويوزع خطابات النوايا إلى أربع طوائف:

١ – خطابات متضمنة رغبة محررها فى التعاقد ومحددا بها عناصره الرئيسية.

٢ – خطابات متضمنة اتفاقات بشأن مرحلة المفاوضات.

٣ – خطابات تثبت الاتفاقات التى يتم التوصل إليها خلال مرحلـة المفاوضـات بشـأن عناصر موضوع العقد النهائى.

٤ – مستندات تتضمن عقودا حقيقية، ولكن محرريها يصفونها بأنها خطابات نوايا.

الفصل الأول

الجانب الأول

حماية المتعاقد فى المرحلة السابقة على التعاقد

المتعاقدون ليسوا سواء فى جميع العقود وإنما يختلفون فيما بينهم من حيث قوتهم فى التعاقد وقدرتهم على التفاوض ومقدار الحرية التى يتمتعون بها أثناء التفاوض.

ولذلك، يمكننا تقسيم المتعاقدين إلى فئات ثلاث:

الفئة الأولى: المتعاقد العادى، ويندرج تحت هذه الفئة الغالبية من المتعاقدين الذين يبرمون عقودهم فى ظروف عادية، وغالبا ما يكون أطراف العقد متساوين فى كل شىء ويتمتعون بذات القدر من حرية التعاقد وسلطان الإرادة سواء عند الإقدام على التعاقد أو عند تحديد بنود العقد وشروطه.

الفئة الثانية: وتخص المتعاقدين فى ظروف غير عادية، والذى يجعل التعاقد غير عادى هى الظروف التى تحيط بالتعاقد عامة وبأحد المتعاقدين على وجه الخصوص.

الفئة الثالثة: وتشمل جميع المتعاقدين مع أرباب المهن الحرة نظرا لما تحتوى عليه العلاقة هنا من تباين واضح واختلاف كبير بين طرفيها.

المبحث الأول

المتعاقد العادى

ويقصد به ذلك الشخص الذى خاطبته معظم نصوص التقنين المدنـــى بفرض أن الظروف التى أحاطته فى التعاقد ظروف عادية، وأن من يتعـــاقد معه على قدم المساواة به فى كل ما يخص العقد سواء من حيث أهليـــة كـــل منهما للتعاقد وخلو إرادتيهما من أى عيب أو نقص، وكذلك قدرتهما الماديـــة أو الاقتصادية بشكل عام على التعاقد.

والمتعاقد بهذا الشكل هو المشترى والبائع، هو المستأجر والمؤجـــر، هو الوكيل والموكل، هو العامل ورب العمل، هو المقاول وصـــاحب العمـــل، هو كل طرف فى أى عقد من العقود التى أشار إليها التقنين المدنى تحت مـــا يسمى بطائفة العقود المسماة. ولكن - كما سبقت الإشارة - تنـــاول المشـــرع المدنى حماية المتعاقد العادى فى المراحل التالية على إبرام العقد أكـــثر مـــن تناوله فى المرحلة السابقة على ذلك والخاصة بالتفاوض على التعاقد وعلـــى بنوده وشروطه.

لذلك، فنحن هنا نشير - إلى بعض النصوص الـــواردة فـــى التقنيـــن المدنى والتى نراها متعلقة بحماية المتعاقد فى المرحلة السابقة علـــى التعـــاقد حتى ولو بشكل غير مباشر. مع ملاحظة أن هذه الإشـــارة تقتصـــر علـــى نصوص التقنين المدنى دون غيرها من النصـــوص التـــى قـــد توجـــد فـــى تشريعات أخرى متفرقة لم يتسع المجال أو المقام لذكرها والبحث عن حمايـــة المتعاقدين فيها.

المطلب الأول

أحكام العقد النموذجى أو اللائحة النموذجية

ولعل النص الأول المتعلق بهذه المرحلة هو نص المادة ٥١ من التقنين المدنى الكويتى الصادر بالمرسوم بتشريع رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ والمعدل بالتشريع رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦، والذى لا يوجد مثيل له فى التشريع المصرى[١]. إذ يقول: "إذا اتفق المتعاقدان على أن تسرى فى شئونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية، سرت هذه الأحكام، ما لم يثبت أى منهما أنه، عند حصول الاتفاق بينهما، لم يكن يعلم بهذه الأحكام، ولم تتح له الفرصة فى أن يعلم بها.

وإذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية التى لم يحصل العلم بها أساسية، بطل العقد، فإن كانت ثانوية، تولى القاضى حسم الخلاف فى شأنها، وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجارى ومقتضيات العدالة.

العقد النموذجى أو اللائحة النموذجية هى صيغ مكتوبة تحتوى على القواعد والشروط العامة التى تحدد آثار التعامل وأحكامه بشكل عام، أى تبين ما يترتب عليه من حقوق والتزامات لأطرافه[٢]. ويسمى لذلك بإعلان

---

[١] وقد كانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى تنص على أنه: "إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى، نموذجا لأحد العقود، فإن من يبرم هذا العقد. ويحيل إلى النموذج، يتقيد بالشروط الواردة فيه".

[٢] فإذا كانت القواعد والأحكام التى تنظم تعاقدا معينا قد وضعت من قبل الدولة أو إحدى هيئاتها، وبصفة عامة أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، أطلق عليها نموذج لائحة، طالما كان القصد منها تيسير تعاقد الأفراد معها إبان نشاط معين.

د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل - العقد والإرادة المنفردة - مؤسسة دار الكتب - ١٩٧٧، ص ١٣٠.

مبادئ أو إطار عام للتعامل، وقد لجأت التجمعات التجارية بالذات إلى وضع هذه الصيغ لتسهيل تجارة سلعة معينة أو مجموعة من السلع.

والنظر بدقة فى العقد النموذجى يبين عدم احتوائه على تبادل إرادات بين طرفيه بما يعنيه من إيجاب وقبول طبقا للقواعد العامة فى العقود. فالعقد النموذجى هو مجرد صيغة بسيطة توضع لكى تكون نموذجا لعقود تبرم فى المستقبل، مما يوحى بالشك فى وصفها بأنها عقد، ومن هنا، اتجه رأى إلى تسميتها بالصيغة النموذجية للعقد وليس بالعقد النموذجى[1]. كما أن فى تسمية المشرع الكويتى لها باللائحة النموذجية بعض الدقة.

وهذه الصيغة أو اللائحة النموذجية لا تخلو من فائدة، حيث إنها تتضمن نموذجا لتنظيم تفصيلى، ودقيق لبعض العقود التى يبرمها الأفراد. وهذا التنظيم كثيرا ما تغفل عنه النصوص القانونية. ويلجأ إليه الأفراد عند رغبتهم فى التعاقد على مسائل فنية أو قانونية يجهلون تفصيلاتها. إلا أن هذه النماذج لا تخلو أيضا من خطورة وخاصة على المتعاقد الجاهل. فبالإضافة إلى أن فى هذه النماذج تقييدا لحرية الأفراد وسلطان إرادتهم، فقد أصبحت اليوم تتخذ كوسيلة فعالة لإعمال فكرة العقد الموجه - Contrat Dirigé.

---

(١) SCHMIDT (J.)Le prix du Contrat de Fourniture. D; 1985 chro. P. 176.

وقد عرفه بأنه "العقد الذى يتضمن القواعد والأحكام الأساسية التى تخضع لها مستقبلا العقود المنفذة أو العقود التى تبرم تطبيقا لهذه الأحكام ..." وإن كان البعض من الفقه قد ذهب إلى القول بتوافر أركان العقد. وخاصة تبادل رضاء الأطراف- فى هذه الصيغ النموذجية إذ الأصل أن أحكام أى عقد نموذجى لا تسرى إلا باتفاق الأطراف وبإرادتهم، بل إن هناك من العقود النموذجية ما تتطلب لتطبيقها أن تكون إحالة الأطراف عليها صراحة وكتابة.

د. محسن شفيق: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٥٨.

أضف إلى ذلك، أن هذه النماذج أو الصيغ للعقود تقوم بوضعها عـادة منظمات جماعية خاصة قوية من الناحية الاقتصادية. فإذا ما رغب شـخص فى استعمالها فإنه يحيل إلى أحكامها حتى دون علمه بمضمونها أو اطلاعـه عليها وخاصة بالنسبة للنماذج التى تسمح لأطراف التعاقد باسـتخدامها دون الحاجة إلى إفراغ اتفاقهم فى شكل كتابى آخر[١]، فيصبح النموذج هو العقـد بين الطرفين وما عليهم إلا ملء الفراغات التى تهدف إلـى معرفـة بيانـات المتعاقدين الخاصة من اسم ومحل إقامة. وكذلك البيانات المتعلقـة بالشـىء محل العقد المزمع إبرامه. ويمكن أن نجد مثالا لذلك، بمـا يسـمى بعقـود الإيجار المطبوعة التى يتداولها الناس فى حياتهم اليومية. كما يعد من هـذا القبيل ما يسمى "بالكتالوج" أو كراسة المواصفات والشروط التى يشير عـادة المتعاقدون إلى أنها جزء من العقد بعد إبرامه، وتحتوى على بيانـات فنيـة دقيقة يصعب على غير المتخصص فى مجال هذه البيانات فهمها أو معرفـة المقصود منها.

وقد تنبه المشرع الكويتى إلى فرض عدم اطلاع المتعاقد على العقـد النموذجى أو اللائحة. وقرر أنه إذا كانت أحكام العقد النموذجى تسرى عنـد الاتفاق على الإحالة إليها على ما يبرم من عقود ويفترض بذلك علم كل مـن المتعاقدين عندئذ بهذه الأحكام، إلا أنه يجوز لكل منهما أن يثبت عدم علمـه بها كليـة أو ببعضهـا، فإن استطاع إقامـة الدليل على ذلك، فـلا يسـرى عليه ما لم يعلم به من أحكام العقـد النموذجى. ومعنى ذلـك، أن افـتراض العلم هنا يعد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من جانب من له مصلحة فـى

---

(١) إذ قد تعد بعض هذه العقود عقودا تبعية، أى تابعة للعقد الفردى المبرم بين طرفين محددين، ويعتبر بعضها الآخر عقودا ذاتية حيث تتخذ صيغتها كعقد بين الأطراف الذين يقومون بمـلأ فراغاتهم بما يتفق مع موضوع التعاقد، ومن ثم توقيعها. انظر أحمد شرف الدين: المرجـع السابق، ص ١٠٥.

ذلك. والعلم المقصود هنا ليس مجرد الاطلاع على العقد أو اللائحة وإنما يلزم فهم ما ورد بهما، فإذا كانت هناك بعض البنود التى لم يستطع فهمها من جانب المتعاقد أو اعتقد فى أنه فهمها ثم ثار شك حولها فيما بعد فإنه يفسر لمصلحته. وقد تكون النتيجة الوحيدة لهذا التفسير هى بطلان العقد، إلا أن المشرع لم يقرر بطلان العقد إلا إذا كانت الأحكام التى لم يعلم بها أساسية أو جوهرية كالثمن فى عقد البيع مثلا. أما إذا كانت هذه الأحكام ثانوية فلا يبطل العقد وإنما يتولى القاضى حسم الخلاف فى شأنها مهتديا فى ذلك بطبيعة المعاملة محل العقد وبالعرف الجارى ومقتضيات العدالة. ولا يخفى ما فى ذلك من تجاوز بسلطة القاضى، إذ يحل بذلك محل المتعاقدين فى تحديد بنود العقد حتى لو كانت ثانوية. ولا يقبل هذا الدور من جانب القاضى إلا إذا نظرنا إليه على أنه محكم. وقد يكون من الأفضل اللجوء إلى القواعد المكملة الواردة فى التقنين المدنى والتى وضعها المشرع لسد أى عجز أو تكملة أى نقص فى اتفاق الأطراف. بحيث إذا غفلوا عن تنظيم أى مسألة من المسائل الثانوية أو جهلوها فإن القاضى يلجأ إلى القواعد المكملة لتكملة اتفاقهم[١].

ويلاحظ أنه لا يجوز للقاضى أن يتصدى من تلقاء نفسه للبحث فى علم المتعاقد أو عدم علمه بأحكام العقد النموذجى، كما أنه ليس من سلطته إبعاد أحكام هذا العقد النموذجى إلا إذا تمسك بذلك المتعاقد الذى لم يعلم به.

كما يراعى أيضا أن تقدير ما يعد من المسائل الأساسية والتى يتقرر بغيابها بطلان العقد وما يعد من المسائل الثانوية التى يتولى القاضى

---

[١] فالقواعد المكملة هى تلك التى يجوز للأفراد الخروج عليها بالاتفاق على ما يخالفها، ويكون اتفاقهم صحيحا فإذا سكتوا فإنها تسرى عليهم وواجب عليهم احترامها، وتوجد هذه القواعد غالبا فى القانون الخاص وبالأخص فى المجالات التى لا تمس المصالح الأساسية للمجتمع.
STARCK: Droit civil, introduction, 1970, P. 23.

حسمها مهتديا فى ذلك بطبيعة المعاملة وبالعرف الجارى ومقتضيات العدالة هى مسألة واقع تخضع لسلطان قاضى الموضوع، والأصل أنه لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض إلا أن القضاء وخاصة الفرنسى يخضع تفسير أحكام العقد النموذجى وبنوده لرقابة محكمة النقض استشعارا منه بأهمية هذه الأحكام وخطورتها، وبالتالى ما يرد عليها من تفسير وما يترتب على ذلك من تحديد لالتزامات أطراف العقد الذى يعد العقد النموذجى جزءا منه[1].

أما معرفة مقدار العناية التى بذلها المتعاقد وما قام به من مجهود لمعرفة بنود العقد النموذجى وأحكامه، فذلك منوط بقاضى الموضوع، إذ عليه تقدير مسلك المتعاقد وقياسه بالتطبيق لمعيار الرجل المعتاد بالنسبة للقدرة على الاطلاع وأيضا فيما يتعلق بالقدرة على الفهم والمعرفة لما ورد بالعقد النموذجى. والقاضى فى هذه الخطوة الأخيرة سيضع فى اعتباره الظروف المحيطة بالمتعاقد وأيضا مدى معرفته وثقافته وقدرته على الفهم وخاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية أو أمور تكنولوجية معقدة، ليس من اليسير على أى متعاقد فهمها. أى أن القاضى هنا يطبق معيار الرجل المعتاد إذا وضع فى نفس ظروف المتعاقد. وقد يصل به الأمر فى بعض الحالات إلى تطبيق معيار "الرجل المهنى المعتاد".

وقد ثار التساؤل فى الفقه حول مدى اعتبار الكتيبات والنشرات التى تصدر عن الشركات والمحلات الكبيرة، وما يسمى "بالكتيبات الدعائية" من قبيل الصيغ النموذجية، وجزءا من العقد المحتمل إبرامه. إذا أحال إليها الطرفان أو أشارا إليها فى اتفاقهما [2].

---

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقى: مصادر الالتزام فى القانون الكويتى، سنة ١٩٨٨، ص ٣٢٥.

(2) والجدير بالذكر أن الدعايات التجارية الكاذبة والخادعة مجرمة جنائيا فى القانون الفرنسى بالقانون رقم ٧٨ - ٢٣ فى ١٩٧٨/١٠/١٠ حول الحماية المقررة للمستهلكين وإعلامهم. وفى مصر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١، المادة الأولى منه والتى تم تعديلها بالقانون رقم =

حيث ذهب اتجاه فى الفقه إلى أن النشـرات الدعائيـة التى تصـدر عن أحد المتعاقدين تتضمن بيانا ووصفا ومدحا للبضاعة التى يقـوم ببيعـها، ويعتبر من قبيل المبالغة أو المدح المشروع الذى يجـرى عليـه العمـل ولا تعتبر هذه الكتيبات جزءا من العقد حتى ولو أشار إليها الأطراف أو اعتمـد عليها أحدهما فى تحديد بنود العقد وشروطه.

بينما يذهب الرأى الراجح فى الفقه والقضـاء إلـى أن مثـل هـذه النشرات الدعائية تعد من المستندات المكونة للعقـد وهى جزء منه شـريطة أن تكون مفصلة وواضحة لا لبس فيها. من ثم، فـإن مـا جـاء بـها مـن التزامات أو تعهدات يعتبر جزءا من التزامات العقد ذاته. يلـتزم بـها مـن صدرت عنه. فمواصفات البناء تحت التشـييد التـى يعـدها المقـاول أو المستثمر فى مجال العقارات ويقوم بطرحها على راغبى حجز الشقق، تلـزم البائع فى عقد بيع إحدى هذه الشقق[1].

وقيل تبريرا لهذا الاتجاه أن هذه النشرات أو الكتيبـات غالبـا مـا تصدر عن أحد الأطراف بقصد إقناع الطرف الآخر وحثه علـى التعـاقد، ومن ثم، فهى من الأمور التى أخذت فى الاعتبار عنـد صـدور الرضـاء بالتعاقد، والقول بغير ذلك يؤدى إلى السماح بالدعايـة المغرضـة الخادعـة

= ٢٨١ لسنـة ١٩٩٤، والتى تنص على أن: "يعاقب بالحبس مـدة لا تقـل عـن سنـة وبغرامـة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو مـا يعـادل قيمـة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من خدع أو شرع فـى أن يخدع المتعاقد معه بأية طريقة من الطرق ....." ثم حددت المادة الأمور التـى إذا وقـع الخداع بشأنها تقوم الجريمة.

[1] انظر فى ذلك بشكل عام: د. محمد المرسى زهرة: بيع المبانى تحت الإنشاء – دراسـة مقارنة فى القانون المصرى والفرنسى والكويتى، الطبعة الأولى ١٩٨٧.

للجمهور، فدور الإعلام يجب أن يكون تقديم المعلومات السليمة التى يعتمد عليها فى اتخاذ القرار بإبرام العقد.

ونتيجة لهذا الاتجاه تعتبر تلك الكتيبات جزءا لا يتجزأ من العقد حتى ولو نص فيها على أنها قد صدرت على سبيل الدعاية ودون أن تكون ملزمة، أو على أنها لا تعتبر جزءا من العقد، فمثل هذا التحفظ يكون باطلا، متى كانت المعلومات واضحة ومفصلة لأنه يتعارض مع مضمون الكتيب. إذ يبطل التحفظ متى كان من شأنه أن يجعل من المستند الذى ورد فيه لغوا ويتعارض بالتالى مع مبدأ التناسق الذى من مقتضاه أنه إذا اختار الشخص مسلكا معينا فلا محل لوضع تحفظ يغير ويلغى هذا المسلك(١).

ونرى أن القاعدة العامة فى مثل هذه النشرات أو الكتيبات الدعائية هى عدم اعتبارها جزءا من العقد المزمع إبرامه لاحتوائها على مجرد مدح للبضاعة محل العقد أو وصف لها. إلا أنه قد توجد حالات نستنتج منها أن

---

(1) Cass Civ. 2 – 4 – 1977. Gaz – Pal – 1980. Et note, et 23 – 1 – 1979, D. 1980, et note P. 42. et, Cass – Civ.. 13 – 1 – 1982. JCP. 1983. 2, 20026.

"En sa qualité de professionnel, le promoteur et Vendeur, malgré le constitution d'une societé civile immobiliere qui n'est qu'un insturment juridique. est tenu de prendre L'initative de Renseigner exactement son cocontractant. IL engage sa responsabilité En ne realise pas les promesses publicitaires par rapport auxquelles la sitution Commerciale des locaux vendus etait tres differente".

V. not STEMMER (B.) Sous Cass – Civ. 13-7-1982. J.C.P.. 1983. 2.20026.

حيث قال: "إن على الواعد أن يخبر المشترى لحظة البيع عن تلك الشروط والمواصفات غير الموجودة والتى تم الإعلان عنها. ويؤكد له أن هذا الإعلان لم يكن الهدف منه سوى جذب المشترى إلى التعاقد ولكن ما ورد بها ليس نهائيا وإذا لم يفعل ذلك قامت مسئوليته عما ورد بهذه المستندات الدعائية والتى تعد مصدر الالتزام بما ورد بها من بيانات ومواصفات.

مثل هذه النشرات قد أثرت بشكل مباشر أو غير مباشر على إرادة أحد المتعاقدين ودفعته إلى إبرام العقد. وفى هذه الحالات لا مناص من النظر إلى هذه النشرات الدعائية على أنها جزء من العقد وملزمة للطرفين بشرط توافر الأمور الآتية:

أولا: أن تتضمن هذه النشرات بنودا محددة واضحة عن الشىء المراد التعاقد عليه بما يوحى بأنها تشكل مجموعة من الالتزامات أو التعهدات تلقى على عاتق من صدرت عنه. أما إذا وردت فى شكل عبارات إنشائية وكلمات مدح وألفاظ تشويق أو إثارة أو ترغيب فى التعاقد فإن اعتبارها جزءا من العقد يصعب قبوله أو الدفاع عنه[١].

ثانيا: أن يثبت بشكل أو بآخر تأثر الطرف الآخر بهذه النشرات أو الكتيبات عند إبرام العقد، بمعنى أن يكون ما ورد بها من بنود أو مواصفات محل اعتبار عنده وكانت تحت نظره عند تحديد بنود وشروط العقد المراد إبرامه. بحيث يمكن القول بأنها كانت الدافع أو الباعث على التعاقد. فمن

---

(١) وقضت فى ذلك محكمة النقض الفرنسية بأن: "إذا أعلنت إدارة إحدى القرى السياحية فى الصحف بصورة محددة وتفصيلية عن أن المبالغ التى تقتضيها تكون للقيام بأعمال محددة فإنها تلزم عقديا بالقيام بتلك الأعمال وأى إخلال بذلك يؤدى إلى قيام المسؤولية العقدية لهذه الإدارة. كما تنعقد مسؤولية بائع الشاليهات الذى أوضح فى الأوراق الدعائية أن إقامة فندق بالمركز التجارى لن يخل بخصوصية مشترى الشاليهات وذلك إذا أقام فندقا مرتفعا يخل بالخصوصية. فالالتزام العقدى بالحفاظ على الخصوصية وجد فى الأوراق الدعائية التى تعتبر جزءا من العقد.

Cass – civ, 23 – 1 – 1979, D, 1980, P. 412. "Ayant relevé que si les actes de vente de pavillons mentionaient que le centre commer cail contiendrait un hotel, les documents publicitaires remis aux acheteurs atteraient specialement l`interet de ceux – ci sur la savegarde de leur intimité. Les juges ont a bon droit estimé qu`il y a vice caché, Justifiant l`allocation de dommages – intéréts des vues plongeantes résultant de la construction d`un hotel de cinq etages ...."

أبرم عقدا لشراء وحدة سكنية تحت التشطيب معتمدا فى ذلـــك علــــى مـــا عرضه عليه مالك هذه الوحدات السكنية من أن "تشطيبها لوكس" وأن هنـــاك حديقة خاصة بالعمارة أو أن سوقا تجاريا سوف يقام فى المنطقة التـــى يقـــع فيها العقار وإلى غير ذلك من الإغراءات البعيدة عن أركان وشـــروط عقـــد البيع ذاته. فمما لا شك فيه أن مثل هذه المعلومات تثير رغبة الطرف الآخـــر فى إبرام العقد[١].

ثالثا: كما يتعين أن يشير الطرفان صراحة أو ضمنا إلى مـــا يثبـــت اطلاعهما على هذه الكتيبات الدعائية وأنها كانت محل اعتبـــار عنـــد إبـــرام العقد. ولا شك فى أن عبء إثبات هذا الاطلاع وتلك الإشـــارة يقـــع علـــى عاتق من له المصلحة، وقد يكون صاحب هذه النشرات من خـــلال التدليـــل على اطلاع المتعاقد على الكتيب المتعلق بالشيء محل العقـــد وارتضائـــه بمـــا ورد به من بنود ومواصفات.

كما قد يكون للمتعاقد الآخر مصلحة فى إثبات وجود هـــذه الكتيبـــات وأنها كانت موضع اعتبار بالنسبة له عند إبرام العقد، وذلك فـــى الحـــالات التى يكتشف فيها أن هناك اختلافات بين محل العقد "الوحدة السكنية مثـــلا" عند التسليم وبين ما ورد بهذه الكتيبات من مواصفات وبنـــود. وإذا ثـــار خلاف حول اطلاع المتعاقد أو عدم اطلاعه على هذه الكتيبـــات أو حـــول مدى أخذه لها فى اعتباره عند التعاقد، فإن قاضى الموضوع يتولى حسم هـــذا

---

(١) وقضت فى ذلك محكمة النقض الفرنسية بأن: "إذا جاء فى كتيب أو كتالوج تصدره شـــركة للمقاولات أو الترويج العقارى مواصفات معينة "للتشطيب" فإن تلك المواصفات تكون ملزمـــة للشركة المتعاقدة ولا يصح أن تتحلل من ذلك بحجة أنها قد وردت فى إعلان دعائى.
Cass – Civ. 13 – 1 – 1982, precite.

الخلاف طبقا للظروف المحيطة بالتعامل ولما قد يكون جرى عليه العــرف٠ وإن كان ينبغى هنا على القاضى أن يفسر أى شك قد يظهر لصالح المتعــاقد (المشترى) وضد من صدرت عنه٠ بمعنى أنه يمكن للقاضى اســتنتاج أثـر هذه الكتيبات فى رضائه وأنه أخذها فى اعتباره عند إبرام العقد مــن مجـرد التأكد من وجودها عند التفاوض بشأن إبرام العقد واطلاعه عليها ومــن ثـم يعتبرها جزءا من العقد٠

وإن كان ذلك لا يحول دون إثبات العكس ممن صدرت عنـــه هــذه الكتيبات والتدليل على عدم تأثر المتعاقد بهذه الكتيبات وأنه لم يضعـــها فـى الاعتبار عند التعاقد وأن نيته اتجهت إلى عدم اعتبارها جزءا من العقد٠

وقد سوى المشرع الكويتى بين الحالة التى يعلم فيها المتعاقد بأحكــام العقد النموذجى والحالة التى يكون فى مقدوره العلم بها إلا أنه لم يبذل لذلــك مجهود أو عناية الرجل المعتاد، على الرغم من أن الفرصة كـــانت متاحـة أمامه للوقوف على هذه الأحكام٠ فقرر المشرع عندئــذ صحــة العقـد مـع اعتبارها جزءا منه وليس للمتعاقد هنــا أن يلوم إلا نفســه٠ والـــذى يلـزم بإثبات أن المتعاقد كان فى مقدوره العلم بما ورد بالعقد النموذج أو اللائحـــة هو المتعاقد الآخر الذى له مصلحة فى الإبقاء علـــى صحـــة العقـد وليـس للقاضى أن يتصدى لذلك من تلقاء نفسه٠ ونرى أن المتعـــاقد الآخـر ليـس ملزما فقط بإثبات القدرة على الاطلاع على العقد النموذج بــل يلــزم أيضــا بإقامة الدليل على إلمام المتعاقد بما ورد فيه وفهمه لبنوده ومعرفة مـــا ينتــج عنه من حقوق والتزامات٠

ولعل المشرع الكويتى وهو يتصدى لبيان مسألة الإحالة إلـــى العقــد النموذج أو اللائحة النموذجية إنما يتضمن تجديدا تشريعيا لا تخفـــى فائدتـــه، سيما وقد شاع هذا النظام. وانتشر فى كثير من المعــــاملات الماليــــة مدنيـــة كانت أم تجارية داخلية كانت أم خارجية[1].

---

[1] وقـــد استوحى المشرع الكويتى الفقرة الثانية من المادة ٥١ من نص المادة ٩ من المشـــروع المقدم من الأستاذ MAZEAUD للجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى مع تعديل فى الصياغة، ولم يشأ أن يقـــف عنـــد نص المادة ١٤٧ من المشروع التمهيـــدى للقانون المدنى المصرى، الذى جاء يطلق أثر الاتفاق على الإحالة إلى العقد النموذج.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الكويتى، المجلد الثانى، ص ٢٧٩.

المطلب الثانى

الاتفاق على المسائل الجوهرية دون الثانوية

النص الثانى المتعلق بحماية المتعاقد فى المرحلة السابقة على التعاقد هو نص المادة ٥٢ من التقنين المدنى الكويتى وينص على أن:

"١ - إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، وعلقا أمورا ثانوية، على أمل اتفاقهما مستقبلا، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد، ما لم يظهر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت إلى غير ذلك.

٢ - وإذا لم يصل المتعاقدان إلى الاتفاق فى شأن ما علقاه من الأمور الثانوية، تولى القاضى حسم الخلاف فى شأنها وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجارى ومقتضيات العدالة.

ويشير التقنين المدنى المصرى إلى نفس الحكم فى المادة ٩٥ منه وتنص على أن: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها وفقا لطبيعة المعاملة وطبقا لأحكام القانون والعرف والعدالة"[1].

وقد كان المشرع أمام هذا النص بين خيارين فى حالة اتفاق المتعاقدين على تأجيل الاتفاق على بعض المسائل المتعلقة بالعقد، على أمل منهما أن يصلا إلى اتفاق بشأنها مستقبلا. فإما أن يتقرر أن العقد لا يصير منعقدا إلا من اللحظة التى يتم فيها الاتفاق على هذه المسائل مستقبلا

(١) وكذلك المواد ٩٦ سورى، ٨٦ عراقى، ٩٥ ليبى، ٧٩ سودانى، ٢/١٠٠ أردنى.

باعتبـار أنها مكملة له ولتجنب احتمال الإضرار بأحد المتعاقدين أو التـأثير في إرادته عند مناقشة هذه المسائل• وإما أن يعتـبر العقـد منعقـدا ويقـوم القاضي بالفصل في الخلاف على المسائل الثانوية•

وبالرأي الأول، يأخذ القانون الألماني الذي يقرر أن الاتفـاق علـى بعض الشروط لا يكفي لانعقاد العقد ما دامت هناك شروط أخرى ما زالـت محل نقاش ولم يصل الطرفان بشأنها إلى اتفاق• ولا يؤثر فـي ذلـك كـون الشروط المتفق عليها هي الشروط الرئيسية والأخرى هي الثانويـة، وتبعـا لذلك تظل مرحلة التفاوض السابقة على التعاقد قائمة حتى تمام الاتفاق علـى جميع المسائل التي تدخل في مضمون العقد[1]• فالوصول إلى اتفـاق بشـأن بعض مسائل العقد لا يعني انعقاد هذا الأخير وإنما كل ما يعنيه قطع مرحلـة من مراحل التفاوض يعقبها أخرى حتى يتم التوصل إلى تفاهم بين الطرفيـن حول جميع مسائل العقد جوهرها وثانويها•

والرأي الثاني، يقرر انعقاد العقد فورا، شريطة أن يكون الاتفاق قـد ورد على كل المسائل الجوهرية فيه ولم يتبق سوى المسائل الثانوية•

وقد تبنى المشرع في كل من مصر والكويت الخيـار الثاني متبعـا في ذلك معظم التشريعات العربية، وجاء تبنيه لذلك أخذا بـالوضع الظـاهر للأمور والسير الطبيعي لها، ألا وهو تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين علـى أنها اتجهت إلى الارتضاء بانعقاد العقد فور الاتفاق على المسائل الجوهريـة حتى ولو ظلت بعض المسائل الثانويـة معلقة• إلا أن هذا التفسير لا يعمـل به مجردا وإنما يتعين ألا يستبين من شروط العقد أو مـن الظـروف التـي

---

[1] د• حسام الدين الأهواني: النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - مصـادر الالـتزام، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٥، ص ١٠٧.

أحاطت به أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى غير ذلـــك، أى اتجـــهت إلـــى تأجيل انعقاد العقد إلى حين الاتفاق على جميـــع المســـائل الجوهريـــة منـــها والثانوية، فإذا اتضح ذلك وجب احترام هذه النية والقول بعدم انعقاد العقــد إلا منذ لحظة الاتفاق على جميع مسائل العقد[١].

ويـــلاحظ أن التفرقة بين المســـائل الجوهرية والمســـــائل الثانويـــة يجب أن تتم - أساسا - بمعيار شخصى، ويقصد بالأخير، الإرادة المشـــتركة للمتعاقدين المحتملين، فلا يصح الارتكان إلى إرادة أحدهما لتحديـــد ما يعـــد من المسائل الجوهرية وما يعد من المسائـــل الثانوية. ويتم الكشف عن هـــذه النية المشتركة بجميع الطرق ومن بينها المسلك السابق لهما فـــى معـــاملات سابقة وكذلك الظروف التى اكتنفت إبرام العقد. كما يمكن الاستعانة بمعـــايير أخرى وأهمها البحث عما إذا كانت المسألة محل النقاش لم يكن ليبرم العقـــد لو لم يتم الاتفاق بشأنها فتعتبر بذلك من المسائل الجوهرية وإن كان العكـــس عدت مسألة ثانوية. بجانب ذلك، هناك العديد من المسائل فى العقـــد مـــا لا يثور شك فى اعتبارها من المسائل الجوهرية طبقـــا للمعيـــار الموضوعـــى، ومنها الأركان العامة للعقد من تراض ومحل وسبب، وكذا الأركان الخاصـــة

---

(١) وقضـــت فى ذلك محكمة الاستئناف العليا الكويتية بأن: "من المقـــرر أن ســـلطة محكمـــة الموضـــوع فى تفسير المحررات مقيدة، لا تخرج فى تفسيرها عن المعنـــى الـــذى تحتملـــه عباراتها على ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وقصد المتعاقدين منها، دون التقيـــد بألفـــاظ بذاتها واضحـــة التنافـــر مع المعنى العام الذى يفيده المحرر حال خلوه مما يعين على حمـــل تلك الألفاظ على معناهـــا الحرفى. ومـــن المقرر أيضا أنه لا قيام للعقد إلا بالتقاء طرفيـــه على كلمة سواء بينهما حول كافة المسائل الجوهرية اللازمة لتحقيق التطابق بيـــن الإيجـــاب والقبول فى شأنها، بما تتحـــدد به المراكز القانونية لهما على أسس واضحـــة مـــن الأمـــور الواقعية المستهدفة من التعاقد". محكمة الاستئناف العليا - دائـــرة التمييـــز تجـــارى فـــى ١٩٨٩/٧/٣، منشور فى مركز تصنيف الأحكام القضائية بكلية الحقوق - جامعة الكويـــت تحت رقم ٢٤ سنة ٨٩.

بكل عقد على حدة. كما أن هناك أمورا أخرى قد تعد مسائل جوهرية في معاملة ولا تعد كذلك في معاملة أخرى مثل طريقة وزمان ومكان الوفاء بالثمن وكذلك طريقة وزمان ومكان تسليم الشيء محل العقد[1].

وقد كان لزاما على المشرع أن يواجه الحالة التي لا يصل فيها الطرفان إلى الاتفاق على المسائل المؤجلة. وقد قرر المشرع الكويتي -

---

[1] انظر تطبيقات قضائية لمحكمة النقض المصرية. ومنها أنها رفضت انعقاد العقد في حالة عدم الاتفاق على ركن من أركان البيع وقالت: "إن الحكم إذا اكتفى بإثبات توافر الركنين الأولين وأغفل الركن الأخير (الثمن) بمقولة أن أمره خارج عن نطاق الدعوى كان قضاؤه مخالفا للقانون. نقض مدني في ١٩٤٩/٤/٩، طعن رقم ٢١، سنة ١٨ ق، مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة من ١٩٣١ إلى ١٩٥٥، ج ١، ص ٣٤٤، رقم ١.

وقضت بأنه: "متى كان الحكم قد حصل تحصيلا سائغا أن البيع محل الدعوى لم ينعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة وأن كل ما حصل إذن إن هو إلا مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم للطرفين، وبناء على ذلك رفض دعوى صحة التعاقد على هذا البيع، فلا يقبل النعي عليه أنه أخطأ في تطبيق القانون على واقعة الدعوى. نقض مدني في ١٩٥٩/١/١٩، طعن رقم ٨٨ لسنة ١٨ ق، المجموعة السابقة، ص ٣٤٥، رقم ٤.

وقضت أيضا بأن: "متى كان الإقرار المتنازع على تكييفه صريحا في الإفصاح عن قبول المقر البيع بالشروط التي ارتضاها وكان المتمسك بهذا الإقرار ينازع في انعقاد البيع على أساس هذه الشروط فلا يمكن مع هذا القول بتلاقي الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد البيع. نقض مدني في ١٩٧٥/١/١٦، المجموعة السابقة، ص ١٨٣، رقم ٤٣.

وقضت أيضا بتمام انعقاد العقد مما ورد فيه من أن الطرفين قد اتفقا على أن يقوم الطرف الأول بتوزيع الأفلام موضوع العقد سينمائيا داخل وخارج مصر وتليفزيونيا خارجيا، ويتم ذلك بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها بين الطرفين. فقد دل ذلك على انعقاد العقد وتمامه فعلا بين الطرفين على إسناد عملية التوزيع للطاعن وذلك دون توقف على حصول اتفاق آخر بينهما بشأن الطريقة التي يتم بها التوزيع. إذ أن الأمر لا يعدو بالنظر لظروف التعاقد وملابساته أن يكون من قبيل المسائل التفصيلية التي تتصل بتنفيذ العقد والتي احتفظ الطرفان ببحثها في حينه حتى إذا ما اتفقا بشأنها جرى التنفيذ عليها وإلا رفعا ما اختلفا فيه إلى المحكمة المختصة. نقض مدني ١٩٨٣/٣/٢٩، المجموعة السابقة، ص ٨٥١، رقم ١٧٥.

فى هذا الصدد - فى الفقرة الثانية من المادة ٥٢ السابق الإشارة إليها - بقاء العقد، مع تخويل قاضى الموضوع سلطة حسم الخلاف بين الطرفين وفقا لطبيعة المعاملة التى هى محل العقد وكذلك وفقا للعرف الجارى وأيضا تبعا لما يراه محققا لمقتضيات العدالة. ولا شك فى أن تقرير مثل هذا الحل فيه تجاوز لحدود سلطات القاضى المعتادة، إذ أنه يحل بذلك محل المتعاقدين فى تكملة أمور متعلقة بعقدهما. ويبرر مسلك المشرع فى ذلك بأن العقد قد انعقد فى البدء فلا مناص من استمرار بقائه، وما دام المتعاقدان لم يصلا إلى الاتفاق على المسائل المرجأة فلا ضير من أن يتولى القاضى حسم الخلاف بشأنها ولا ضرر فى ذلك، إذ الفرض أن الخلاف قد وقع فيما هو ثانوى من الأمور[1].

والواقع أن التسليم بهذا الحل التشريعى مشروط بضرورة النظر إلى دور القاضى فى هذه الحالة على أنه طرف ثالث ارتضاه الطرفان صراحة باللجوء إليه لحسم النزاع بينهما حول هذه المسائل أو ضمنا بقبولهما تدخله دون اعتراض. ولعل نص المادة ٩٥ مدنى مصرى كان موفقا عندما أشار إلى: "..... ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ....." إذ أن انتفاء مثل هذا الشرط فى العقد يعنى بطريقة ضمنية اتجاه نية المتعاقدين إلى قبول تدخل القاضى لحسم الخلافات التى قد تنشأ بينهما مستقبلا حول هذه المسائل الثانوية من أجل تجنب عدم انعقاد العقد.

وفى الواقع، فإن القاضى لا يتدخل إلا بناء على طلب الطرفين أو أحدهما. ومما يكمل ذلك ضرورة الاعتراف للطرفين بإمكانية الاعتراض على ما توصل إليه القاضى من حل للنزاع بينهما. مما يترتب عليه عدم اعتبار العقد منعقدا منذ البداية. ويتعين على القاضى قبل الدخول فى

---

[1] انظر د. عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والإرادة المنفردة، سنة ١٩٨٤، ص ١٦٤.

محاولة حسم الخلاف بين الطرفين البحث أولا فى نوع المسائل المختلف عليها، أى تحديد ما إذا كانت هذه المسائل جوهرية، وهنا يمتنع عليه التدخل، إذ لا انعقاد للعقد، أما إذا كانت المسائل ثانوية تدخل لفض الاشتباك حولها بين الطرفين وفقا للمعايير المذكورة[1].

ويلاحظ أننا نفرق - فى هذا الصدد - بين حالة دخول طرفى العقد فى مفاوضات بشأن الوصول إلى حل للمسائل الثانوية واختلافهما وعجزهما عن الوصول إلى هذا الحل، وبين حالة عدم دخول أى من الطرفين فى تفاوض بشأن هذه المسائل. إذ يعد ذلك (أى عدم الدخول) فى جانبيهما إخلالا بالتزام بتحقيق نتيجة مضمونه مناقشة المسائل المؤجلة. لأن كل طرف مدين بالتزام بنتيجة مضمونه الدخول فى المفاوضات مع الطرف الآخر. وعليه، يعد مخلا بالتزامه هذا عندما يرفض ذلك أو يمتنع عنه ومن ثم يعد مخطئا، وليس يتمثل الخطأ فى عدم التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل الثانوية،إذ إن عدم التوصل إلى هذا الاتفاق ليس خطأ فى حد ذاته لأنه لا يوجد التزام بذلك - ولكن الخطأ يتمثل فى عدم تنفيذ كل منهما لالتزام محدد وهو الدخول فى المفاوضات، للوصول إلى حل للمسائل المؤجلة.

وإذا كان كل طرف ملزما بالتزام بتحقيق نتيجة وهو الدخول فى المفاوضات فإن التزامه أثناء التفاوض يعد التزاما ببذل عناية. إذ يجب

---

(١) وقضت محكمة النقض المصرية بقولها: "بأن الحكم المطعون فيه، إذ اعتبر الاتفاق بين الطرفين على الأرض المبيعة والثمن، مع إرجاء تحرير عقد البيع النهائى إلى أن تقوم به الإدارة القانونية للجنة الإصلاح الزراعى بالشروط التى يراها فيه، أنه لا يعدو أن يكون مشروعا لعقد بيع، دون أن يبحث فيما إذا كانت الشروط المرجأة جوهرية أم ثانوية، فإنه يكون متسما بالقصور مما يتعين معه نقضه ....

نقض مدنى ١٩٧٥/١/١٦، طعن رقم ٣٩/٣٥٢ ق مج أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٨٣، رقم ٤٣.

على كل طرف بذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات. فإذا سلك أى طرف مسلكا من شأنه أن يؤدى إلى إفشال المفاوضات أو عرقلتها يعد مخالفا لالتزام ببذل العناية الذى يفرض عليه أن يتبع المسلك المألوف الذى يتبعه الشخص المعتاد والذى يتفق مع مقتضيات حسن النية فى تنفيذ الالتزامات.

وثبوت خطأ أى طرف يرتب للآخر الحق فى التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء فشل المفاوضات، كالنفقات التى تكبدها سعيا للتعاقد وكالوقت الذى خصصه لذلك. وإذا اعتبرنا أن العقد منعقد من لحظة الاتفاق على المسائل الجوهرية، فإن الدعوى التى يرفعها الطرف المتضرر هى دعوى عقدية ولذلك، يقتصر التعويض هنا على الأضرار المتوقعة فقط[1]. أما إذا اعتبرنا أن العقد لا ينعقد إلا منذ لحظة الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والثانوية. فإن نوع الدعوى يتم تحديده على ضوء التكييف الذى نتخذه للمسئولية التى تقع على عاتق الطرفين فى مرحلة التفاوض. وهذا ما سنوضحه فيما بعد.

---

[1] مع ملاحظة أن لأى من الطرفين أن يلجأ إلى القضاء للفصل فى خلافهما على المسائل الثانوية.

المطلب الثالث

أحكام التدليس

وتأتى النصوص الواردة فى التقنين المدنى والمتعلقة بالتدليس كعيب من عيوب الرضاء فى العقود نموذجا ثالثا لحماية المتعاقد فى المرحلة السابقة على التعاقد. فالتدليس أو التغرير - كما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى - هو الالتجاء إلى الحيلة أو الخداع بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد. فقوام التدليس الاحتيال والتمويه والخداع والتضليل ومن هنا كانت خطورته[1]. وقد حددت محكمة النقض المصرية الشروط الواجب توافرها فى التدليس بقولها: "يشترط فى الغش والتدليس على ما عرفته المادة ١٢٥ مدنى أن يكون ما استعمل فى خدع المتعاقد حيلة وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن التدليس قد توافر فى جانب الطاعنة - الشركة البائعة - لمجرد أنها أعلنت فى الصحف أن الحصة المبيعة تغل ريعا قدره ٣١ جنيها و ٢٧٣ مليما وأن هذا التدليس وإن لم يدفع إلى التعاقد إلا أنه أغرى المطعون عليها وزوجها - المشترى - على قبول الارتفاع فى الثمن عن طريق المزايدة، وإن كان هذا الإعلان وحده مع التسليم بأنه غير متفق مع الحقيقة لا يفيد بذاته توافر نية التضليل لدى الشركة وأنها تعمدت النشر عن بيانات غير صحيحة بشأن بيع العقار بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع وبالتالى فإنه لا يكفى لاعتباره حيلة فى حكم المادة

---

[1] ويعرف الفقه التدليس بأنه إيقاع المتعاقد فى غلط يدفعه إلى التعاقد، فالعلاقة وثيقة بين التدليس والغلط، فالتدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذى يولده فى نفس المتعاقد. انظر السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٤٢١.

١٢٥ مدنى، ولما كانت الطاعنة وفوق ما تقدم قد تمسكت فى مذكرتها المقدمة إلى محكمة الاستئناف بأن الإعلان عن البيع تم صحيحا لأن ريع الحصة المبيعة طبقا لمستنداتها يبلغ ٣١٫٧٥٠ كما نشرت الصحف، غير أن الحكم التفت عن هذا الدفاع ولم يعن بتمحيصه أو الرد عليه مع أنه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى[١].

وقد اهتم الفقه الإسلامى بالتدليس كعيب من عيوب الرضا ويسميه التغرير غالبا وأحيانا الخلابة، وقد توسع فيه فلم يكتف بالتدليس القائم على الحيل الفعلية، وهو ما يسمى فيه بالتدليس أو التغرير الفعلى وهو الأعمال التى يقوم بها أحد المتعاقدين بقصد تضليل العاقد الآخر وإيهامه وحمله على التعاقد، بل إنه اعتد فى حالات كثيرة بمجرد الكذب وهو ما يسمى بالتغرير القولى. كما هو الشأن فى بيوع الأمانة (بيع المرابحة، الواضعة أو الوضعية، بيع التولية). وهى بيوع تقوم جميعا على أساس الثمن الذى يدعى البائع أنه اشترى به المبيع الذى يريد أن يشتريه المشترى[٢]، ويمكن أن يعتبر النجش فى الفقه الإسلامى صورة من صور التدليس وهو عبارة عن تدخل شخص من الغير فى المفاوضات التى تتم بين شخصين يريد أحدهما بيع شىء إلى الآخر ويكون تدخل هذا الشخص ليس له هدف سوى: إما رفع ثمن الشىء المبيع لكى ينخدع المشترى، هذا إذا كان تدخله فى جانب البائع، وإما خفض الثمن لصالح المشترى وضد مصلحة البائع إذا كان تدخله من جانب الأول. وبهذا يتضح أن الناجش يتدخل فى

---

(١) نقض مصرى – الدائرة المدنية – طعن رقم ٦٢٠ سنة ٤٢ ق، فى ١٩٧٦/١٢/٢١، مج المكتب الفنى، س ٢٧، ص ١٧٩١.

(٢) فلا يذكر الثمن الحقيقى وأوصافه من تأجيل أو تعجيل أو تقسيط، فيكون كتمان هذه الأمور من البائع عن المشترى تغريرا منه بالمشترى وخيانة له وخداعا.

انظر: د. عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، الطبعة السادسة، ص ٣٥٦.

المفاوضات بهدف وحيد وهو خداع أحد المتعاقدين برفع الثمن أو خفضه بطريقة مصطنعة. ومثل هذه الصورة (النجش) محرمة فى الفقه الإسلامى طبقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا تحاسدوا ولا تباغضوا ولا تناجشوا ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ....."[١]. بل يمكن اعتبار النجش صورة من صور التدليس فى القانون وخاصة طبقا للتقنين المدنى المصرى الذى نظر إلى السكوت المقترن بملابسات على أنه تدليس. إذا استطاع المخدوع إثبات أثر تدخل الناجش وتأثيره فى إرادته ودفعه إلى التعاقد على نحو لم يكن ليقبله لولا هذا التدخل[٢].

---

(١) ويعرف الفقهاء النجش بأن يعطى الشخص فى السلعة أكثر من ثمنها وليس من نفسه اشتراء ليقتدى به غيره وكثيرا ما يكون عن اتفاق لخداع الآخرين. د. يوسف القرضاوى: الحلال والحرام فى الإسلام، دار المعرفة، الدار البيضاء، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص ٢٥.

(٢) ويشير الفقه إلى النجش عادة عند الحديث عن التعاقد بالمزايدة فيقول السنهورى: "ويحدث فى "بيع من يزيد" أن يتواطأ صاحب السلعة مع مزايد صورى يدفعه للمزايدة فى السلعة حتى يعلى الثمن ولا يقصد المزايد الصورى شراء السلعة وإنما أراد رفع ثمنها خدمة لصاحبها،وهذا ما يسمى بالنجش. ويميز الفقه الإسلامى فى النجش بين حالتين: (أ) إذا كان الناجش إنما تواطأ مع صاحب السلعة لرفع ثمنها عن قيمتها تضليلا للمزايدين فهذا بيع مكروه حكمه حكم بيع المستام (ب) أما إذا كانت السلعة لم تصل فى المزاد إلى مثل ثمنها فنجشها رجل حتى تبلغ ثمنها فهذا ليس بمكروه ...

وللنجش صورة عكسية وهى أن يتفق المشترى - لا البائع - مع من ينافسه فى شراء السلعة أن يكف عن منافسته، فلا يتقدم للمزايدة عليه وقد يكون ذلك فى مقابل جعل يعطيه إياه. فإن كان المشترى قد اتفق مع جميع من ينافسه أو أكثرهم حتى يكفوا عن منافسته، وحتى ينفرد بالتقدم لشراء السلعة فينزل من ثمنها ما يشاء، أو اتفق معهم على ألا يزيدوا على ثمن معين، كان للبائع الخيار فى إمضاء الصفقة أو فسخها ... وإن كان المشترى لم يتفق مع جميع المنافسين أو أكثرهم، بل اتفق مع واحد أو القليل منهم، كان البيع لازما ولم يكن للبائع الخيار. ثم إن المشترى إن كان قد جعل لمن سأله الكف عن المنافسة عوضا من غير السلعة المبيعة، لزم هذا العوض. أما لو كان الكف بعوض من السلعة المبيعة =

أمـــا عن موقف المشرع الكويتى من التدليس فتنـــص المـــادة ١٥١ مدنى كويتى[١]، على أنه يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جـــاء رضـــاؤه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريره ودفعه بذلك إلى التعاقد، إذا أثبت أنه مـــا كان يرتضى العقد، على نحو ما ارتضاه عليه، لولا خديعتـــه بتلـــك الحيـــل، وذلك مع مراعاة ما تقضى به المادتان ١٥٣، ١٥٤"٠

وتحدد المادة (١٥٣) الشخـــص الذى تصدر عنه الحيل فلم تقصـــره علـــى المتعاقد الآخر فقط بل توسعت فى ذلك وأضافت إليه أحد أتباعـــه أو من وسطه فى إبرام العقد أو من أبرم العقد لمصلحته٠

بل إن المادة (١٥٤) تقرر قابلية عقد التبرع للإبطال نتيجة التدليـــس بصرف النظر عمن صدرت الحيل منه حتى ولو كان من الغير٠

وتنـــص المادة ١٢٥ مدنى مصرى على أن: "١ - يجوز إبطـــال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه مـــن الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد٠

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليـــبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"٠

كمـــا تنص المادة ١٢٦ مدنى مصرى على أن: "إذا صدر التدليـــس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لـــم يثبت أن المتعاقد الآخر كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس"٠

= ذاتها، فإن كان ذلك على وجه الشركة بين المشترى ومن سئل الكف عن المنافسة جـــاز، وإن كان على وجه العطاء مجانا لم يجز ٠٠٠"٠

السنهورى: مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربـــى، ج ١، دار النهضة العربية، ص ٧٥ وما بعدها٠

(١) يقابل هذا النص المادة ١٢٧ سورى، ١٢٦ ليبى، ١١٢ سودانى، ٨٦ جزائرى٠

ولا شك فى أن حماية إرادة المتعاقدين ورضائهم من التدليس فى المرحلة السابقة على التعاقد تزداد أهمية فى هذه الأيام وخاصة مع اتساع وسائل الدعاية والإعلان وانتشار تأثيرها فى الأفراد. إذ لا تخلو هذه الدعاية فى كثير من الأحيان من مبالغة فى وصف المعلن عنه وبيان محاسنه وأوصافه مما يدفع الأشخاص إلى الإقبال على الخدمات أو السلع المعلن عنها تحت تأثير هذه الدعاية ورغبة فى تحصيل الفوائد والأوصاف التى تم الإعلان عنها ثم يتضح لهم بعد ذلك عدم التطابق التام بين السلعة أو الخدمة كما أعلن عنها وبين السلعة الموجودة فعلا وقاموا بشرائها. مما يمكن معه القول بتوافر شروط التدليس ويعطى لمن وقع فيه الحق فى المطالبة بإبطال العقد إذا أثبت أن وسائل الدعاية والإعلان كانت هى الدافع وراء التعاقد ولولاها ما أقدم عليه[1].

هل يعتبر السكوت تدليسا ؟

نص المادة ١٢٥ مدنى مصرى يقرر مبدأ عاما على جميع العقود، مؤداه أن السكوت العمدى عن واقعة أو ملابسة يعتبر تدليسا إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة. وهذا المبدأ ينطبق على جميع العقود بخلاف القوانين الأخرى.[2] إذ لم يشر التقنين المدنى

---

[1] قارن: د. عبد الفتاح عبد الباقى: مصادر الالتزام فى القانون الكويتى، ١٩٨٨، ص ٣٢٥.

[2] تعد مسألة اعتبار السكوت تدليسا محل خلاف فى الفقه الفرنسى حيث تشعب إلى ثلاثة اتجاهات:

فقد ذهب الأول إلى أن السكوت يعد تدليسا. لأن السكوت - كالتدليس - يمكن أن يصاحب بنية الإساءة أو الغش. ففى الوقت الذى نعترف فيه للقاضى بإمكانية البحث فى ضمير الفرد من أجل معرفة درجة الخبث أو الإيذاء Mechanceté التى يخفيها بصدد تصرف معين، فلماذا لا نعترف بأن السكوت الذى يحاط بنية الإيذاء هو أيضا غش وتدليس ويجب أن يؤدى إلى مسؤولية فاعله. ويقرر أنصار هذا الاتجاه أن السكوت أو الصمت، كالتصرف تماما - يمكن أن يعد تدليسا. ففى التدليس يعد العنصر المعنوى أهم من العنصر المادى =

= (الفعل) فلماذا تعطى أهمية زائدة لهذا العنصر الأخير ولا نبحث فى مدى توافر القصد الخاطئ أو النية السيئة لدى المتعاقد.

MARCOO – R – COHIN, L`abstention Fautive, Thése. Paris, 192.

على عكس الرأى السابق، يركز بعض الفقه على الفعل المادى فى التدليس ولا يوجد التزام عام بعدم قول ما هو مخالف للحقيقة – فلا يوجد – بالواقع – واجب إيجابى بقول كل الحقيقة.

ويجب – طبقا لهذا الرأى – للقول بوجود تصرفات تأخذ معنى الغش أو التدليس أن نكون أمام تصرف محدد وإيجابى بالخداع والتضليل سواء تمثل هذا التصرف فى أقوال أم فى أفعال مادية والتى تختلف – بلا شك – عن السكوت.

GERARD Lyon – Caen, De L`evolution de La notion de bonne foi, Rev. Tr. Dr. Civ. 1946, P. 81 No P. 7.

الرأى الوسط: بطرح هذين الرأيين المتطرفين، فإن غالبية الفقه اتجهت نحو رأى وسط يبدو أنه الأكثر وضوحا وقبولا فى نظرهم.

وينطلق هذا الرأى من نقطة مؤكدة وهى حرص كل متعاقد على الدفاع عن مصالحه الخاصة، ولذلك فإن عليه التوصل إلى جميع المعلومات الضرورية التى تجعله على بينة من أمره عند إقدامه على التعاقد، وإذا كان العقد يفترض تعارضا بين المصالح، فإننا لا ننتظر قيام كل متعاقد بتزويد الأخر بجميع المعلومات وبيان أوجه ونقاط ضعفه. وبتعبير عام، أن ينفذ التزامه بالإخبار أو الإعلام بطريقة تلقائية ومن نفسه وبدون شعوره بوجود هذا الالتزام وبحيث يعد سكوته تدليسا. ولكن الأمر يختلف ويعتبر السكوت تقصيرا إذا كان يقع على أحد الطرفين التزام – على الأقل – أخلاقى بالإفصاح أو البيان وإلا عد مستغلا لجهل الأخر، فعندما يفرض العقد ثقة متبادلة بين الطرفين، فإن الالتزام بالإخبار الصحيح تجاه المتعاقد الآخر يصير التزاما قانونيا ويصبح السكوت سببا لبطلان العقد.

RIPERT. (G.) La regle morale dans les obligations civiles, 3 eme ed, No. 48, P.P. 94 et 95.

وعلى ذلك فلا يعد السكوت تدليسا إلا إذا كان هناك واجب بالتحدث أو الإفصاح، فعندما يمتنع المتعاقد عن تحذير الآخر الذى له الحق فى هذا التحذير لتجنب الوقوع فى أى غلط، فهنا يمكن الكلام عن اعتبار السكوت تدليسا. وقد ينبع هذا الحق فى التحذير من العلاقات السابقة بين المتعاقدين أو من طبيعة العقد ذاته أو من الظروف المحيطة بالتعاقد.

DEMOGUE, Traité des obligations, T. 1 P. 563.

وهكذا، فإن القضاء سيعلن بطلان الاتفاقات التى كان يجب أن تتم فى جو من الثقة المتبادلة ولكنها تبرم بغير ذلك. وتبدو المسألة واضحة فى عقد التأمين بسبب الظروف المحيطة بإبرام هذا العقد، إذ يلزم المؤمن له عمليا بتزويد المؤمن بجميع البيانات =

الكويتى إلى السكوت العمدى أو غير العمدى إنما اكتفى فى الفقرة الأولى من المادة ١٥١ بوجود حيل أثرت على قرار الشخص ودفعته إلى التعاقد بحيث لولاها لما ارتضى العقد على نحو ما ارتضاه عليه.

إذا كان السكوت العمدى – طبقا للقانون المصرى – يعد تدليسا فإن الكذب من باب أولى يجب اعتباره كذلك لأنه ينطوى على إخلال أشد بمبدأ الثقة. فالطبيب الذى يدفع المريض لإجراء عملية جراحية خطيرة موهما إياه بأنها عملية بسيطة يرتكب تدليسا. والمقاول الذى يغرى شخصا بشراء شقة فى العمارة التى يتولى بناءها بزعم أن بها حجرة تطل على عدة منافذ ثم يتضح بعد ذلك أنها بعيدة عن هذه المنافذ أو أن بها منفذا واحدا يعد كاذبا ومرتكبا للتدليس طبقا للتقنين المدنى المصرى.

ولكن يشترط أن يؤثر السكوت العمدى أو الكذب فى إرادة المتعاقد ورضاه بإبرام العقد، أما إذا لم يكن لأيهما أى تأثير فلا يجوز للمتعاقد التمسك بهما، من هنا جاءت التفرقة بين الكذب أو السكوت العمدى وبين المبالغة أو ما يسمى بالكذب المفضوح (كالإعلان عن نسبة ضخمة فى التخفيضات أو وجود فرصة لا تتكرر).

– والمعلومات الخاصة بالخطر محل العقد وهو ما يسمى فى الفقه بالإخبار التلقائى أو التطوعى Déclaration Spontaneé.

ويتضح من هذا الرأى الوسط أن السكوت لا يعد تدليسا إلا إذا كان هناك واجب بالإفصاح أو الإعلان، وإذا انتفى وجود هذا الواجب فلا يصير السكوت تدليسا .... ولكن تبقى المشكلة قائمة ألا وهى معرفة متى يوجد هذا الالتزام بالإفصاح؟؟؟

BOCCARA (B.) Dol, Silence et reticence. Gaz – Pal, 1953, 1, Doct. 24.
MARTY (G.) et RAYNAUD (P.). Droit civil. les obligations, 2 eme ed, Tome, I, 1988, P. 156.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الكذب – المجرد عن المؤثرات الخارجية – يمكن أن يعد تدليسا Cass - Civ, 6-11-1970, J.C.P. 1971, 11, 16942.

وهو ما جاء صراحة فى التعليق على هذا الحكم بالقول أن الحكم قد أكد قاعدة أن الكذب المجرد يمكن أن يعد تدليسا:

GHESTIN: note sous arrêt precéd.

ويلاحظ أنه إذا كان الكذب فى ذاته - مجردا عن أى اعتبار آخر - لا ينهض دعامة كافية للتدليس المبطل للعقد بصفة عامة وفقا للتقنين المدنى الكويتى، على الرغم من تفشيه اليوم وتعارضه مع قيمنا وعاداتنا وأخلاقيات ديننا - إلا أن هناك بعض العقود والمعاملات يتخذ فيها مبدأ حسن النية فى التعامل أهمية خاصة ومعنى ضيقا بحيث إن الكذب المجرد عن الملابسات قد يؤدى إلى مسؤولية الشخص. إذ فى مثل هذه المعاملات يعتمد كل متعاقد عند إبرامها اعتمادا كليا على المعلومات والبيانات التى يفضى له بها المتعاقد الآخر. ولذلك يلزمه القانون عند الإدلاء بتلك البيانات - بمراعاة حسن النية الذى يتعلق هنا بإبرام العقد وليس بمجرد تنفيذه. كما هو الحال فى بيوع الأمانة. وكذلك عقد التأمين الذى يعتبر من عقود حسن النية بالمعنى الضيق، حيث لا يلتزم المتعاقد فقط بالإبلاغ عن كل ما يعرفه من الظروف التى من المحتمل أن تؤدى إلى الخطر أو إلى زيادته بل إن الصمت المجرد من جانبه عن الإدلاء ببيانات متعلقة بالخطر عند إبرام العقد يمكن أن يؤدى إلى إبطال العقد. ولا يقتصر ذلك على المؤمن له بل إنه يلزم كلا من الطرفين بعدم إخفاء أية بيانات جوهرية على الآخر يكون من شأنها التعديل فى التزامات العقد سواء بزيادتها أو إنقاصها. والأمر يتعلق بجميع البيانات سواء منها المتعلق بموضوع الخطر والتى تسمى بالبيانات الموضوعية أم البيانات الشخصية المتعلقة بشخص المتعاقد والتى يتوقف على معرفتها إبرام عقد التأمين من عدمه[1]، ويستوى فى ذلك أن يصاحب أو لا يصاحب سوء النية الأطراف عند السكوت عن الإدلاء بالبيانات المتعلقة بعقد التأمين، وإن كان المشرع المصرى قد عول

---

(١) انظر فى ذلك: د. مصطفى الجمال: التأمين الخاص وفقا لأحكام القانون المصرى، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ١٧١ وما بعدها. د. نزيه المهدى: عقد التأمين، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤، ص ٢٥٤. د. محمد عبد الظاهر حسين: عقد التأمين، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥، ص ٧٤.

على ذلك فيما يتعلق بالجزاء المترتب على وجود الكتمان - ففى الحالة التى يكون فيها المتعاقد حسن النية فى السهو عن بيانات معينة إلى المتعاقد الآخر يتمثل الجزاء هنا فى زيادة الأقساط أو إنقاصها تبعا للبيانات التى ظهرت وما إذا كانت تؤدى إلى التشديد من الخطر واحتمال حدوثه أو التقليل من ذلك. أما إذا صاحب سوء النية المتعاقد عند كتمانه هذه البيانات أو كذبه فيها فإن الجزاء هنا هو بطلان العقد بشرط أن يثبت المتعاقد سوء نية المتعاقد الآخر فى كتمانه للبيانات أو تعمد تقديمها كاذبة. كما يتعين عليه أيضا إثبات أثر تخلف هذه البيانات أو كذبها على إبرام عقد التأمين[1].

ويلاحظ - فى النهاية - أنه إذا كان من شأن التدليس، عندما تتوافر شروط إعماله - أن ينهض سببا لإبطال العقد، فإن هذا الأثر يثبت

---

(١) انظر فى ذلك المادة ١١٣/٨، ٩ من قانون التأمين الفرنسى.

Picard et Besson: traité general des assurances terrestres, Paris, 1938, No. 89.

وإن كان المشرع الكويتى فى التقنين المدنى لم يفرق فى الجزاء بين المؤمن له حسن النية والمؤمن له سيئ النية. إذ وضعت المادة ٧٩١ مدنى للاثنين حكما واحدا يستوجب التفرقة بين ما إذا ما اكتشفت الحقيقة قبل وقوع الكارثة أو بعد وقوعها. فقد نصت على أن:

(١) يكون عقد التأمين قابلا للإبطال لمصلحة المؤمن، إذا سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بيانا غير صحيح، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته فى نظر المؤمن.

(٢) فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر، جاز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد بعد عشرة أيام من تاريخ إخطاره المؤمن له بكتاب موصى عليه، إلا إذا قبل هذا الأخير زيادة فى القسط تتناسب مع الزيادة فى الخطر.

(٣) أما إذا ظهرت الحقيقة بعد تحقق الخطر، وجب خفض مبلغ التأمين بنسبة معدل الأقساط التى أديت فعلا إلى معدل الأقساط التى كان يجب أن تؤدى لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح.

انظر فى هذا التفصيل: د. جلال محمد إبراهيم: التأمين - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٦٤٠.

له، إلى جانب ما قد يترتب عليه من مسؤولية المدلس، باعتبار أنــــه يشــكل خطأ يوجب المسؤولية عن تعويض الضرر المترتب عنـــه٠ وبذلــك يــرى المدلس عليه نفسه وقد انفتح أمامه طريقان، وله أن يختار من بينهما ما يــراه محققا لمصلحته، فإما أن يطلب إبطال العقد وإمــا أن يبقــى عليــه ويكتفــى بدعــوى المسؤولية وما ينتج عنها من تعويض الضــــرر[١]٠ ولكــن يثــار التساؤل هنا عن الأساس الذى تقوم عليــه دعوى التعويض٠ فــهل تؤســس على مخالفة التزام عقدى نتج عنه ضرر لحق بالمدلس عليــــه وبخاصـــة أن المطالبة بالتعويض تعنى بقاء العقد قائما ونافذا، أم تؤسس على أساس الخطــأ التقصيرى المتمثل فى الأعمال التدليسية التى قام بها المتعاقد انطلاقـــا مــن اقتران هذا الخطأ بالمرحلة السابقة على التعاقد وبالتالى - كقاعدة عامــة - فإن المسؤولية التى تنشأ فى هذه المرحلة هى مسؤولية تقصيرية٠ وهذا مـــا سوف نتعرض له فى الفصل الثانى من البحث٠ وبالإضافة إلـــى النصـــوص الواردة فى التقنين المدنى بخصوص التدليس، فإن هنـــاك نصوصـــا أخـــرى تكلمت عن التدليس مثل الخداع والحيل التى تناولها المشرع فى قانون قمـــع الغش والتدليس رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ والمعدل أخيرا بالقانون رقم ٢٨١ لســنة ١٩٩٤.

فالخداع الذى تناوله المشرع فى هذا التشريع هو الطريقـــة الغالبــة للغش؛ ويوجد بإبداء بعض الأقوال الكاذبـــة، أو اســـتخدام بعــض الحيـــل البسيطة فى عرض البضاعة لإخفاء بعض عيوبها٠ والخداع أوسع نطاقا مــن التدليس إذ لا ينحصر فى وقوعه على شخص المتعاقد، بل قد يتعـــداه إلـــى الشىء نفسه كما فى عمليات الوزن أو القيــاس أو الكيل المزيفة، وهــو مــا يبين أن التدليس المدنى لا يستوعب كافة حالات الخداع[٢].

---

[١] انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الكويتى، المجلد الثانى، س ٥٥٦.

[٢] انظر فى ذلك: السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكـــويـــن العقــد، منشــأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٤٣.

المبحث الثانى

حماية المتعاقد فى المرحلة السابقة على التعاقد

فى الظروف غير العادية

إذا كانت حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة يظهران بشكل كبير فى الصورة العادية للتعاقد السابق الإشارة إليها مما يوفر قدرا كبيرا من الحرية لأى متعاقد فى التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه. فإن هذه الحرية تنتقص بشكل كبير ويضيق مبدأ سلطان الإرادة بصورة واضحة فى حالات خاصة للتعاقد مما يقلل من مقدار الحرية التى يتمتع بها المتعاقد عند التفاوض فى مرحلة الإعداد للعقد.

ونعرض فيما يلى لنموذجين من هذه الحالات الخاصة.

المطلب الأول

التعاقد عن طريق المزايدة أو المناقصة [١]

تنـص المادة ٧٨ مدنـي كويتـي - تقابلـها المـواد ٩٩ مدنـي مصري[٢]، ١٠٠ سوري، و ٩٩ ليبي، و ٦٩ جزائري - على أن: "١ - في المزايدات، يبقى المتزايد ملتزما بعطائه إلى أن يتقدم آخر بعطاء أفضـل، أو إلى أن يقفل المزاد دون أن يرسو على أحد إذا كان عطاؤه هو الأفضل.

٢ - ولا يمنع من سقوط العطاء بعطاء أفضل، أن يقع الأخير بـاطلا أو أن يرفض.

٣ - ويتم العقد بإرساء المزاد، ومع ذلك، إذا كان من مقتضى شـروط المزاد وجوب المصادقة على إرسائه، لزم إجراؤها لقيام العقد، ويعتبر العقـد عندئذ منعقدا من تاريخ رسو المزاد.

---

(١) المناقصـة بمعناهـا البسيط، هي عملية إحالة موضوع العقد إلى صاحب أقـل العـروض المقدمة للمنافسة، وهي عكس المزايدة، إذ تقوم الأخيرة على إحالة العقد على صاحب أعلـى العروض المقدمة للمنافسة.

تنقسم المناقصات إلى مناقصات عامة ومفتوحة، وبموجبها تقـوم الإدارة بـالإعلان عـن المناقصة بشكل عـام، ويكون الاشتراك فيها مفتوحا لكل من يرغب في التعاقد من المقـاولين أو الموردين أو التجار أو الناقلين، ومناقصات محدودة، وهي المناقصات التي تدعـو فيـها الإدارة عددا محددا من الأفراد أو الشركات للاشتراك فيها ممن لديهم خبرة ومسـتوى معيـن في تنفيذ الأعمال.

انظر في ذلك: محمود خلف الجبوري: النظام القانوني للمناقصات العامة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ٦٨.

(٢) وتنـص على أن: "لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ويسقط العطاء بعطاء يزيـد عليه ولو كان باطلا.

٤ – وكل ما سبق، ما لم يتضح غيره من قصد المتعاقدين أو يقـض القانون بخلافه"٠

يـلاحظ على هذه المادة أن المشرع الكويتى قد تبنى الاتجـاه الـذى يرى أن العطاء الذى يتقدم به المتزايد هو الإيجاب تاركا بذلك الاتجاه الـذى يرى الإيجاب فى الإعداد للمزاد وفتحه، أى ما يمثل دعوة للتعاقد٠

وهو اتجاه المشرع المصرى نفسه، إذ جاء فى مجموعـة الأعمـال التحضيرية للقانون المدنى أن: "افتتاح المزايدة على الثمن ليس فـى منطـق النص إلا دعـوة للتقدم بالعطاءات والتقدم بالعطاء هو الإيجاب، أما القبـول فلا يتم إلا برسو المزاد"[1].

يلتزم المتزايد بعطائه إلى حين تقدم متزايد آخر بعطـاء أفضـل، أو إلى أن يقفل المزاد وأن يرسو عليه، إذا كان عطاؤه هو الأفضل٠ ولا شـك فـى أن هذا الحكم يتمشى فى الغالب مع قصد المتعاقدين٠ إذ أن من يتقـدم بعطائه دون تحفظ تتجه نيته إلى بقاء عطائه قائما وملتزما به إلى أن يتقـدم متزايد آخر بعطاء يفوقه، فإذا تقدم متزايد آخر بعطاء يزيد علـى عطائـه

---

(1) المجموعة، الجزء الثانى، الالتزامات، ص ٦٥.

كمـا قضت محكمة الاستئناف العليا الكويتية، دائرة التمييز فى ذات الاتجاه بـأن: "مـن المقرر عمـلا بحكم المادة ٧٨ من القانون المدنى أن المتقدم بالعطاء سواء فى المزايدات أو فى المناقصـات – والتى تأخذ حكمها – ليس إلا إيجابا من صاحب العطاء فلابد لانعقـاد العقد أن يصادفه قبول بإرساء المزاد أو المناقصة عليه ممن يملكه، وتضيف المادة ٥٢ مـن القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ فى شأن المناقصات العامة أن المناقص لا يعتبر متعاقدا إلا مـن تاريخ التوقيع على العقد طبقا لما تقضى به المادة ٥٣ التالية"٠

طعن بالتميـيز رقم ٢٠٠ لسنة ٨٩ تجارى جلسة ١٩٩٠/١/٢٩، مجلة القضاء والقـانون، من ١٩٩٠/١/١ إلى ١٩٩٠/٤/٣٠، السنة الثامنة عشر، مايو سـنة ١٩٩٦، رقـم ٢٥، ص ١٠١.

سقط العطاء السابق وظل العطاء الأخير قائما، ويرسو عليه المزاد إذا بقى وحده منتظرا قبول صاحب المزاد الذى يستفاد ضمنا من انتهاء الفترة التى حددها لقيام العطاء.

ولا يمنع سقوط العطاء بعطاء أفضل منه كون هذا الأخير باطلا كما لو قدم من مجنون أو من شخص ممنوع من المزايدة كرجال القضاء والخبرة[١].

ويلاحظ أن القبول يتم صراحة بإرساء المزاد ممن يتولاه. فلا ينعقد العقد لمجرد أن العطاء المقدم هو الأفضل، وإنما يلزم أن يلحقه قبول، إذ لا يوجد ما يمنع صاحب المزاد من عدم قبول عطاء المتزايد حتى ولو كان هو الأفضل. مع احتفاظ صاحب العطاء بحقه فى المطالبة بالتعويض عما عسى أن يصيبه من أضرار، وذلك طبقا للقواعد العامة، وخاصة إذا كان رفض رسو المزاد قد تم بدون مبرر أو شابه التعسف فى استعمال الحق أو إذا فضل صاحب المزاد العطاء الثانى على الرغم من انه ليس الأفضل شروطا أو الأكثر سعرا وليست هناك تحفظات من جانب صاحب العطاء الأول[٢].

---

(١) وجاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى فى الموضع السابق نفسه ما يلى "يراعى أن العطاء الذى يلحق به صفة القبول - وفقا لحكم النص - يسقط بعطاء يزيد عليه حتى ولو كان هذا العطاء باطلا أو قابلا للإبطال - بل ولو رفض بعد ذلك. ويسقط كذلك إذا قفل المزاد دون أن يرسو على أحد.

(٢) وفى هذا قررت لجنة الفتوى بمجلس الدولة المصرى بجلسة ١٩٩١/٣/٢٥ (ملف فتوى الصحة رقم ١٩٧١/٥/٢) أنه يجب الترسية على العطاء الأقل سعرا (فى مناقصة) إذ لم يترك المشرع أى تقدير للجنة البت فى هذا الشأن وأنه لا اجتهاد مع صراحة النص على قبول العطاء المقدم عن توريدات من الإنتاج المحلى أو أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية حتى ولو كان أعلى فى السعر من العطاء الأجنبى إذا لم تتجاوز الزيادة فيه ١٥% مما يعد تأييدا أو تأكيدا للالتزام دائما بقاعدة الترسية على العطاء الأقل. =

وهذه الأحكام السابقة وغيرها التى لم نذكرها تفــترض حريــة كــل متزايد فى إعداد عطائه وفى اختيار الوقت الذى يقدمه فيــه، كمــا تفــترض أيضا عدم تدخل من يتولى المزاد فى إجراءات المزاد وفى طريقــة رســوه حتى لو كانت الدولة أو إحدى جهاتها العامة. ومما يقلل من هــذه الحريــة التى يجب أن يتمتع بها كل راغب فى إبرام العقد المحتمل ما نصــت عليــه الفقرة الثالثة من المادة ٧٨ مدنى كويتى التى تقرر استثناء من الحكــم الــذى يقضى بتمام العقد برسو المزاد ومؤداه عدم قيام العقــد فــى حالــة وجــوب المصادقة ممن يملكها، وإن كانت هذه الفقرة قد اعتبرت أن العقد منعقد مــن لحظة رسو المزاد لا من لحظة المصادقة، إلا أن هذا لا ينفى التقليــل مــن سلطان الإرادة للمتعاقد والاعتداء على القواعــد العامــة المتعلقــة بتبــادل الرضاء.

وقد يقال هنا إن الدولة أو إحدى جهاتها هى المتعاقد الفعلى، وبذلــك فإن المصادقة منها على العقد تتم خارج إطار المزايدة ذاتها، وهــى بمثابــة إجراء ضرورى لدخــول العقد فى حيز التنفيذ لا من لحظة المصادقة وإنمــا من لحظة رسو المزاد.

وقد تنبه المشرع إلى ضرورة احترام مبدأ سلطان الإرادة حتى فــى عقــود المزايدة فنصت الفقرة الرابعة من المادة ذاتها علــى عــدم ســريان الأحكام السابقة – ومن بينها تعليق إبرام العقــد علــى المصادقــة – فــى الأحــوال التى ينص القانون علىخلافها أو يظهر أن قصد المتعــاقدين قــد اتجه إلى ما يغاير هذه الأحكام، ولا شك فى أن حرية التعاقد واحــترام مبــدأ

= وقضت فى ذلك المحكمة الإدارية العليا بوجوب التعاقد مع صاحب أقل عطــاء وأن التعاقد مع غيره ولو كان من شركات القطاع العام مخالف للقانون، إذ أنه بحســب الأصــل يتعين على لجنة البت إرساء المناقصة على صاحــب العطاء الأقــل إذا لــم يســتبعد مــن المناقصة. (طعن رقم ٥٥٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٣/١/٢٧).

سلطان الإرادة ينبغى توافرهما أيا كان الشخص المتعاقد حتى ولو كانت الدولة أو أحد فروعها ما دامت تتعاقد ليس بوصفها صاحبة سلطة وسيادة وإنما هى تتصرف فى أموالها الخاصة وتتعامل بالقواعد نفسها التى يتعامل بها الأفراد العاديون، فإن أى انتقاص لهذا المبدأ ينبغى النظر إليه بتحفظ شديد.

ومما هو جدير بالذكر، أن هناك نصوصا وردت فى التشريع الكويتى رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ فى شأن المناقصات العامة تحتوى على الانتقاص من حرية المناقص فى التفاوض والمناقشة بشأن بنود المناقصة بل تعطى الحق للدولة ممثلة فى مجلس الوزراء بالتدخل فى تعديل بعض شروط المناقصة حتى بعد رسوها.

من ذلك مثلا :

المادة ٢٤ فى فقرتها الثانية والمادة ٤٤ التى تقرر أن: "إذا رأت لجنة المناقصات المركزية أن هناك مبررا قويا يدعو لتفضيل مناقص تقدم بسعر أكبر .... رفعت الأمر إلى مجلس الوزراء ليصدر فيه قراره"، ولا شك فى أن تقدير وجود هذا المبرر القوى وأثره متروك للجنة المناقصات المركزية والتى يبدو أنها تتمتع فى هذا المجال بسلطة تقديرية مطلقة مما قد يكون له أثر سلبى فى حرية التعاقد وقواعد وأحكام انعقاد العقد.

المادة ٤٦: وتنص على أن: "إذا وجد عند التدقيق أن بعض الأسعار الفردية غير معقولة – قامت اللجنة – أو من تنتدبه من الفنيين – بتعديلها مع المناقص الفائز ...."

المادة ٤٧: تنص على أن: " لا يترتب على إرساء المناقصة وإبلاغ المناقص الفائز بها أى حق له قبل الدولة فى حالة العدول عن الترسية بقرار من مجلس الوزراء ٠٠٠٠ ولا يعتبر المناقص متعاقدا إلا من تاريخ التوقيع على العقد المشار إليه فى المادة التالية، وتتطلب الأخيرة ضرورة حضور المناقص أمام الجهة الحكومية صاحبة المشروع للتوقيع على العقد خلال المدة التى تحددها له، فإذا لم يتقدم فى هذا الميعاد لتوقيع العقد، اعتبر منسحبا[1].

ويلاحظ أن حرمان المناقصة الفائز من أى حق قبل الدولة فى حالة العدول عن الترسية بما فى ذلك حقه فى التعويض عما يكون قد لحقه من أضرار مادية وأدبية من جراء هذا العدول أمر فيه خروج على القواعد

---

(1) وقالت فى ذلك محكمة التمييز الكويتية إن: "من المقرر أن العقد الإدارى الذى يبرم بطريق المناقصة العامة لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه من طرفيه، أما إخطار المناقص الفائز بقبول عطائه وبرسو المناقصة عليه فلا يعدو أن يكون من الإجراءات التمهيدية لإبرام ذلك العقد، ومن ثم، تتحدد حقوق المتعاقد والتزاماته مع جهة الإدارة طبقا لنصوص العقد الذى يربطه بجهة الإدارة، ولا عبرة بالمباحثات والمفاوضات التى تدور خلال المرحلة التحضيرية التى تسبق إبرام العقد إذ أن هذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين لا يولد فى حد ذاته رابطة عقدية كما أنه من المقرر أيضا أن تنفيذ الالتزامات التعاقدية فى عقود القانون الخاص لا يجرى على نسق من القواعد التى تحكم تنفيذ العقود الإدارية، ففى العقود الإدارية تستهدف الإدارة أساسا المصلحة العامة وتعمل على تغليبها على مصالح الأفراد الخاصة، وهى فى سبيل تحقيق هذه الغاية تعمد إلى تضمين عقودها جزاءات مالية تتلاءم مع طبيعة تلك العقود وإن كانت غير مألوفة فى العقود الخاصة، وهى تبغى من تلك الشروط أن تحقق ضغطا على المتعاقد معها ليبذل جهده فى تنفيذ التزامه، يحدوها فى ذلك ما تسعى إليه من تحقيق احتياجات المرافق العامة وضمان حسن سيرها بانتظام واطراد ٠٠٠".

طعن بالتمييز رقم ٢٣٥ لسنة ٨٩ تجارى فى ١٩٩٠/١/٢٨ ومجلة القضاء والقانون عن الفترة من ١٩٩٠/١/١ إلى ١٩٩٠/٤/٣٠ السنة الثامنة عشرة. ذو الحجة ١٤١٦هـ مايو سنة ١٩٩٦م. رقم ٢٢، ص ٨٨.

القانونية، إذ من المعلوم ثبوت حق الشخص فــي التعويض عــن الأضـــرار حتى فى الحالات التى ينتفى فيها الخطأ التعاقــدى. فإذا فــرض أن الدولـــة ممثلة فى مجلس الوزراء قد عدلت عن الترسية تحقيقا لمصلحـــة عامـــة، أى انتفى الخطأ من جانبها فإن هذا لا يؤثر فى حـــق المنـــاقص الفـــائز فـــى التعويض تأسيسا على نظرية تحمل التبعة. أو طبقـــا لقواعـــد المســـؤولية التقصيرية بشكل عام[1].

ولا يوجد مقابل للنصوص الواردة فى القانون الكويتى، فـــى قـــانون المناقصات والمزايدات المصرى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والذى ألغى القـــانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ وإنما جاءت به بعض المواد التى تعد تطبيقـــا للقواعـــد العامة فى الفسخ لعدم تنفيذ العقد من جانب أحد طرفيه ومن ذلك المـــادة ٢٥ منه التى تنص على أن: "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقـــد أو تنفيـــذه علـــى

---

(١) وقد قضت فى ذلك محكمة التمييز الكويتية بأن: "المشرع وإن خول لجنة العقود بالمؤسســـة العامة للموانئ بمقتضى نص المادة ٧٣ من المرسوم الصادر فـــى ١٩٨٠/٩/٢٢ باللائحـــة الداخلية لتلك المؤسسة الحق فى إلغاء المناقصة مع توضيح ذلك فى مذكرة داخلية وقضى فى المادة ٧٨ من اللائحة بألا يترتب على قرار الترسية أى حق للمناقص الفائز قبل المؤسسة فى حالة العدول عن الترسية إلا إذا لابس أجراءات الترسية والعدول عنها خطأ من جانب الجهـــة الإدارية رتب ضررا بالمناقص. قامت مسؤوليتها التقصيرية طبقا للأصل المقرر فى المـــادة ٢٢٧ مدنى، أما ما جاء بالمادة ٧٨ من عدم قيام حق للمناقص الفائز فى حالة العدول عـــن الترسية فلا يعنى حرمان المناقص من التعويض عند توافر الخطأ المشار إليه. والمقصود من النص هو عدم ترتيب أى حق تعاقدى للمناقص المذكور عند العدول عن الترسية أخذا بالمبدأ المقرر من أن الرابطة العقدية بين المناقص وجهة الإدارة لا تقوم إلا بالتوقيع على العقد، ومن المقرر أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية من مسائل الواقع التى تدخل فى سلطة محكمة الموضوع بغير معقب ما دام استخلاصها سائغا ومستندا إلى ما هو ثابت بالأوراق".

طعن بالتمييز رقم ٢٥٩ لسنة ٨٩ تجارى، مجلة القضاء والقـــانون عـــن الفـــترة مـــن ١٩٩٠/١/١ إلى ١٩٩٠/٤/٣٠، السنة الثامنة عشرة، ذو الحجة ١٤١٦هـــ مايو سنة ١٩٩٦، رقم ٣٥، ص ١٣٢.

حساب المتعاقد، إذا أخل بأى شرط من شروطه، ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة، ويعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد".

كما أشارت من قبل المادة ٢٤ إلى حالتين يفسخ فيهما العقد بقوة القانون وهما:

١ - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع، بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة.

٢ - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

وقد أشارت المادة ١٥ من القانون إلى حالة إلغاء المناقصة قبل البت فيها بقولها: "تلغى المناقصة قبل البت فيها بقرار من السلطة المختصة، إذا استغنى عنها نهائيا، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ويجوز إلغاء المناقصة فى أى من الحالات الآتية:

(أ) إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد.

(ب) إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات.

(ج) إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية.

ويكون الإلغاء فى هذه الحالات بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت، ويجب أن يشتمل القرار على الأسباب التى بنى عليها.

وقد أوضحت المادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية للقانون جـــواز قبــول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط الآتية:

١ ـ أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو لا تكون ثمـــة فائدة ترجى من إعادتها٠

٢ ـ أن يكون العطاء الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر٠

كما نصت المادة ٣٠ من اللائحة ذاتها على أن: فـــي حالـــة إلغـــاء المناقصة قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف يرد إلى المشترى ثمن كراســـة الشروط والقوائم والمواصفات بناء على طلبه بشرط أن يعيدها كاملـــة إلـــى الجهة المختصة[1]٠

---

(1) انظر فى عرض القانون والتعليق عليه: د٠ صلاح الديـــن فـــوزى: قـــانون المناقصـــات والمزايدات رقم ١٨ لسنة ١٩٩٨، والمشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربيـــة، ٢٠٠٠.

المطلب الثانى

النموذج الثانى

عقود الإذعان [١]

إذا كنا قد ذكرنا أن النصوص التى أشرنا إليها والمتعلقة بالتعاقد عن طريق المزايدة أو المناقصة قد تشكل اعتداء على قواعد القبول والإيجاب وتمثل انتقاصا من حرية المتعاقد فى التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه فإن الأمر يزداد شدة فى عقود الإذعان إذ يبدو هذا الاعتداء وذلك الانتقاص بدرجة أكبر.

تتميز عقود الإذعان فى مجملها بانعدام إرادة أحد طرفيها أو على الأقل بانحسار دورها فى تحديد بنودها أو الالتزامات الناتجة عنها[٢]. كما

---

(١) انظر فى عقد الإذعان بشكل عام: د. عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان فى القانون المصرى، ١٩٤٦.

(٢) وهذا ما يؤدى إلى التردد فى وصفها بأنها عقد، ويمكن القول أنها فى حقيقتها - مراكز قانونية مفروضة على طرفيها أو على أحدهما تحقيقا لمصلحة عامة، وقد تدخل فى إطارها مصلحة الطرف المذعن، وقد ذهب إلى ذلك قلة من الفقهاء على أساس أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانونا يجب تفسيره كما يفسر القانون ويراعى فى تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التى وضع لتنظيمها.

وإن كان معظم الفقه يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقى يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود. ويلاحظ من جانب آخر، أن الفقه الإسلامى لم يعرف هذه الفكرة وكيف ذلك وقد حارب كل المعلومات التى من شأنها استغلال أحد طرفيها للآخر. فقد حارب الاحتكار، فلا يجوز لتاجر أن يحتكر سلعة ضرورية فيعلى من سعرها ويبيعها للناس بالسعر الذى يفرضه، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون" ولم يقتصر الفقه الإسلامى على محاربة الاحتكار بشكل عام ولكنه حاربه فى شتى صوره، ومنها النهى عن بيع متلقى السلع وصورته أن يسمع أحد خبر قدوم قافلة بسلع فيقابلهم عند مدخل المدينة وقبل وصولهم إلى السوق ويشترى جميع ما مع القافلة ثم =

تتميز أيضا بانعدام التوازن الاقتصادى بين مركزى المتعاقدين٠ إذ أن سبب نشأتها يرجع إلى قيام قوى هائلة اقتصاديا باتت تتحكم فى أرزاق الناس أو فى ما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو خدمات لازمة، وقد توصلت إلى ذلك من خلال الاحتكار الذى يقضى على المنافسة٠ ومن هذه الخدمات تقديم الضروريات كالمياه والكهرباء والغاز والنقل والتأمين٠ والنتيجة التى ترتبت على هذا الاحتكار هى انفراد هذه القوى المحتكرة بوضع شروط التعاقد وبنوده، ولا تقبل من المتعاقدين معها مناقشة لهذه البنود أو الاعتراض عليها بحيث لا يكون أمامهم سوى قبول بنود العقد برمتها أو رفض التعاقد، وغالبا ما يسفر الأمر عن قبولهم لهذه الشروط دون مناقشة، إذ إن العقد يتعلق – كما قلنا – غالبا بسلعة أو خدمة ضرورية[1]٠

وفى مثل هذه الحالة تنعدم إرادة المتعاقد فى التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه، ويقتصر مبدأ سلطان الإرادة على جانب واحد يتعلق بقبول التعاقد أو رفضه، حتى إن هناك شكا فى مدى توافر هذا الجانب أيضا٠ إذ

= يدخل بها السوق فيبيع على ما يشاء من الثمن، وهذا التصرف مكروه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تتلقوا السلع حتى تهبط الأسواق ٠٠٠"٠

انظر فى ذلك: السنهورى: مصادر الحق، المرجع السابق، ص ٨٥.

[1] ويلاحظ أن الربط بين كون السلعة أو الخدمة من الضروريات الأساسية وبين توافر الاحتكار الذى يقوم به عقد الإذعان فكرة متأثرة بمفهوم الاحتكار فى الفقه الإسلامى الذى يتطلب من أجل إضفاء صفة المحتكر استحواذ التاجر على سلعة من الضروريات الأساسية٠

وقد قضت فى ذلك محكمة الاستئناف العليا فى الكويت – بعدم تكييف العقد بين شركة الهواتف المتنقلة وبين أحد المشتركين فى خدمة الهاتف النقال بأنه من قبيل عقود الإذعان لأن الشركة لا تتمتع باحتكار بالاستناد إلى أن الخدمة ليست من الضروريات التى لا غنى للناس عنها٠

انظر فى هذا الحكم والتعليق عليه، د٠ أحمد عبد الرحمن الملحم: الاحتكار والأفعال الاحتكارية، دراسة تحليلية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٧، ص ٩٣.

أن الاحتياج إلى السلعة أو الخدمة محل العقد يدفعه إلى قبول بنود العقد كما وضعها الشخص المحتكر دون مناقشة.

وعلى ذلك، فإن لتحديد صفة الإذعان فى العقود تطلب بعض الفقه ضرورة توافر شرطين للقول بوجود هذه الصفة أولهما، أن يكون إعداد العقد وتحضيره من جانب أحد المتعاقدين بشكل منفرد وسابق على أية مفاوضات خاصة بالعقد، وثانيهما، أن يتمتع المتعاقد الذى يصيغ العقد بسلطة فرضه على المتعاقد الآخر. ولن يتمتع هذا المتعاقد بذلك إلا إذا كان فى وضع المحتكر للسلعة أو الخدمة محل العقد[1].

ولكن البعض الآخر أقل من سابقة تشددا، اكتفى بمجرد غياب قدرة المتعاقد على مناقشة بنود العقد للقول بوجود عقد الإذعان. أى أنه ليس بشرط توافر الاحتكار للسلعة أو الخدمة من جانب أحد المتعاقدين من أجل

---

(1) DE PAGE Traite élémentaire de droit civil belge 11, No. 550 et 551, 3 eme edition 1964.

كما ذهبت محكمة التمييز الكويتية إلى أن: "عقود الإذعان تتميز عن غيرها باجتماع سمات ثلاث، أولها، تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، وثانيها، احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، وثالثها، صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، والقبول فى هذه العقود ليس إلا إذعانا لما يمليه الموجب، فالقابل ليس له إلا أن يأخذ أو يدع، ولما كان فى حاجة للتعاقد، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، وهذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف فى عيوب الإرادة بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية.

طعن رقم ١٤٤ لسنة ٨٧ تجارى، فى ١٩٨٨/١/٤، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، شوال ١٤١٥هـ – مارس ١٩٩٥، رقم ٦، ص ٤٥.

ويلاحظ هنا أن الاحتكار ليس مقصورا على السلع فقط وإنما يشمل الخدمات، فالمعيار هو مقدرة المتعاقد على التحكم فى تحديد الأسعار والشروط بالنسبة للسلع أو الخدمات.

الاعتراف بكون الآخر فى موضع الإذعان له وإنما يكفى أن ينفرد أحد الأطراف بوضع شروط التعاقد مسبقا[١].

ولعل هذا الرأى هو الأقرب للقبول لما يحققه من حماية للطرف الضعيف فى العقد من خلال توسيعه لفكرة الإذعان. وأيضا لأن فكرة الاحتكار نفسها نسبية تختلف من شخص إلى آخر. إذ قد يكون احتياج أحد الأشخاص للسلعة أو الخدمة محل العقد أكثر من غيره وهذا ما يدفعه إلى قبول بنود العقد كما وضعها الشخص الذى يقدم هذه السلعة أو تلك الخدمة. فهنا يعد هذا العقد بالنسبة له عقد إذعان فى حين أنه ربما لا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر ليس فى ظروفه نفسها وليس مضطرا إلى السلعة محل العقد[٢]. بل إن هذا الرأى يتفق مع نصوص القانون التى لم تستلزم وجود احتكار للقول بتوافر صفة الإذعان وإنما اكتفت بأن يرتضى أحد الأطراف ويسلم بمشروع العقد الذى وضعه الطرف الآخر مسبقا ويقبل شروطه ولم تشر لا من قريب ولا من بعيد إلى مسألة الاحتكار، ولعل الواقع العملى الذى أفرز عقود الإذعان هو الذى دفع بالقضاء إلى تطلب الاحتكار، نظرا لأن معظم هذه العقود كانت تتعلق بسلع أو خدمات احتكارية. هذا ما دفع بعض الفقه إلى القول بارتباط فكرة الإذعان بالظروف الاقتصادية والاجتماعية التى تحيط بالتعاقد مما يجعلها فكرة فلسفية اجتماعية أكثر من كونها فكرة قانونية. ويضيف هذا البعض بأن صفة الإذعان ليس لها مفهوم

---

(1) DE PAGE. Op. Cit. N° 551.

(٢) ويمكن أن نضرب مثالا لذلك بوجود شخص فى منطقة نائية يحتاج إلى غذاء يقتات به بمواصفات معينة مما يضطره إلى قبول اشتراطات بائع هذا الغذاء على وجه لا يقبله شخص آخر ليس فى نفس احتياجه.

محدد ومعين وإنما هى مجرد رمز "Symbole" يشير إلى وجود أحد المتعاقدين فى مركز أقل من الآخر[(١)].

وهذا المركز يظهر عندما تكون شروط العقد موضوعة مسبقا من جانب أحد المتعاقدين ولا يملك الآخر مناقشتها أو على الأقل مناقشة البنود الرئيسية منها.

ويضيف الفقه إلى الحالات السابقة التى يتوافر فيها الإذعان من جانب متعاقد لآخر، الحالة التى تتدخل فيها الدولة بقواعد قانونية تستهدف حماية طائفة أو جماعة من الناس، وتجبر بعض الأشخاص على التعاقد، وهنا يجد الشخص نفسه مجبرا على التعاقد بحكم القانون[(٢)] ومن ذلك التأمين الإجبارى على السيارات.

وقد حاول الفقه والقضاء التخفيف من قسوة عقد الإعان. بل إن المشرع نفسه قد أورد العديد من القيود والأحكام التى تهدف فى النهاية إلى حماية الطرف المذعن، فتنص المادة ٨٠ مدنى كويتى - تقابلها المادة ١٠٠ مدنى مصرى والمواد ١٠١ سورى، ١٠٠ ليبى، ١١٢ جزائرى - على أن: "لا يمنع من قيام العقد أن يجئ القبول من أحد طرفيه إذعانا لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضى التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقا ولا يقبل مناقشة فى شروطه".

---

(1) PULL – Henry DELVAUX: les contrats D`adhesion et les clauses abusives en droit BELGE, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, ouvrag presenté par le centre de droit des obligations de l`unversité de Paris, I P. 74.

(٢) د. حمدى عبد الرحمن: الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات- الكتاب الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٢٦.

وتنص المادة ٨١ على أن: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي - بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها وذلك كله وفقا لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"• ويقابل هذه المادة في القانون المدني المصري، المادة ١٤٩.

وتنص المادة ٨٢ مدني كويتي على أن: "في عقود الإذعان، يفسر الشك دائما في مصلحة الطرف المذعن"• كما تنص على المعنى ذاته المادة ٢/١٥١ مدني مصري بقولها: "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"•

وعلى صعيد القضاء - نأخذ مثالا له من القضاء البلجيكي - فإن كثرة الاتفاقات التي تحتوي على بنود موضوعة سلفا من جانب أحد المتعاقدين دفعت بالقضاة إلى البحث عن الوسائل التي بها يوفقون بين أوضاع المتعاقدين، ولم تقف محكمة النقض البلجيكية إطلاقا أمام هذه الرغبة لدى القضاة بل طورتها في حدود اختصاصها• وهي اليوم الحارس اليقظ المراقب لمدى احترام القضاة لمبدأي سلطان الإرداة من ناحية والقوة الملزمة للاتفاقات المبرمة بحرية بين الأفراد من ناحية أخرى ورفضت من جانبها الأحكام التي أهملت احترام هذين المبدأين أو تلك التي شجعت عدم التعامل بين طرفي العقد(١)•

بل إن محكمة النقض البلجيكية قد فاقت مثيلتها الفرنسية بتدخلها في تفسير العقود النمطية ورفضت اعتبارها تصرفات شبه لائحية أيا كان واضع هذه العقود(٢)• ولذلك، فإن المحكمة تتدخل بشكل غالب في تفسير

(1) Cass – Belg – 19-9-1983 Pas, 1984, I. 55, Cass – 17-5-1990, Rec – Cr – jur – belge, 1990, P. 595.
(2) PAUL – Henry – DELVAUX: Les contrats d'adhesion, Op. Cit., P. 80.

العقود التى تبرمها الدولة مع الأفراد بـــهدف تقديـــم خدمـــة مـــن خدماتـــها كالكهرباء أو التليفون أو المياه أو غيرها.

وقد حاول القضاء البلجيكى محاربة الشروط التعسفية التى تحتويـــها العقود المسماة "بعقود الإذعان" من خلال فحص وتحليل كيفية إبـــرام العقـــد وكذلك دراسة مضمونه وأيضا مراقبة طريقة تنفيذه.

من حيث الإبرام :

لقد كانت مسألة قبول الشروط الموضوعة ســـلفا مـــن جـــانب أحـــد المتعاقدين هى الشغل الشاغل للقضاء البلجيكى حيث ذهب إلى أنـــه يشـــترط لاعتبار هذه الشروط جزءا مكملا للعقد أن يتمكن المتعاقد من معرفتها، وهـــذا يتطلب أن تكون موضوعة وموجودة لحظة إبرام العقد أو قبل هذه اللحظـــة. ولا يكتفى بمجرد وجودها بل يتعين أن تكون فـــى مكـــان ظـــاهر يسهـــل الاطلاع عليه وبخط بارز يختلف عن الخط الذى صيغت به باقى الشروط.

وقد ماثل القضاء البلجيكى بين عدم ظـــهور هـــذه الشـــروط وبيـــن صياغتها بلغة غير اللغة المستخدمة عادة فى مكان إبرام العقد[١].

وهذا ما يؤكد على أنه ليـــس بكـــاف ظـــهور وبـــروز الشـــروط الموضوعة سلفا واطلاع المتعاقد عليها وإنما لابد من أن يفهم مـــا قـــرأه أو أطلع عليه، فإذا صعب عليه الفهم إمـــا لصعوبـــة العبـــارات المســـتعملة أو لاختلاف لغتها عن لغته عد وكأنه لم يطلع عليها، كمـــا يتعيـــن أن يقبـــل المتعاقد هذه الشروط. وعادة ما يستشف القضاء هذا القبول من مجرد عـــدم اعتراض المتعاقد عليها لحظة التوقيع على العقد[٢]. وإن كان يشـــترط هنـــا

---

(1) Cass – BELGE. 9-2-1973, Rev. Cri – Juris – 1974 P. 187.

(٢) وقد قررت ذلك محكمة النقض البلجيكية بقولها:

"Sauf disposition legale Contraire, Le consentement d'une partie peut s'exprimer non seulement de mainere expresse, mais aussi tacitement. =

أن يكون هذا السكوت موصوفـــا (Circonstancié) ومـــا يســـمى بالســـكوت الإيجابى الذى يدل - فى حد ذاته - على قبول ما هـــو مـــدون[1] وبذلـــك يرفض القضاء البلجيكى مؤيدا من الفقه رقابة مدى قـــدرة المتعـــاقد علـــى معرفة الشروط العقدية الموضوعة سلفا على أساس أن المتعاقد لا يلومـــن إلا نفسه إذا أهمل فى معرفة ودراسة هذه الشروط التى سيخضع لـــها وبالتـــالى عدم اعتراضه عليها.

ولكن - من ناحية أخرى - فإن القضاء يتمتع بسلطة تقدير واسـعة فى دراسة معطيات الواقع فى كل حالة علـــــى حـــدة. كمـــا أن أوضـــاع المتعاقدين وما قد يتمتع به أحدهم من قوة فى التعاقد تلعب دورا مؤثـــرا فـــى

- كما قضت محكمة التمييز الكويتية أيضا بأن: "النص فى الفقرة الأولى مـــــن المـــادة ٧٧٩ مدنى على أن لا يكون طلب التأمين وحده ملزماً للمؤمن ولا للمؤمن له، ولا يتم العقـــد إلا إذا وقع المؤمن على وثيقة التأمين وتم تسليم هذه الوثيقة إلى المؤمن له. وإذا تم العقـــد، اعتبر طلب التأمين وما جاء به من بيانات وإقرارات جزءا مكملا للعقد" وفى المـــــادة ٧٨٠ من القانون ذاته على أنه إذا لم تطابق الشروط المدونة بالوثيقة ما تم الاتفاق عليـــــه، كـــان للمؤمن له أن يطلب تصحيح هذه الشروط فـــى مدى ثلاثين يومـــا من وقت تسليم الوثيقـــة، فإن لم يفعل اعتبر ذلك قبولا للشروط المدونة بها، يدل على أن توقيع المؤمن له على عقـــد التأمين غير لازم لتمامه، لأن هذا العقد الرضائى يتم بتلاقى إرادتى طرفيـــه، بإيجـــاب مـــن المؤمن له يفصح عنه بطلب التأمين، وقبول من المؤمن بإصداره وثيقة التأمين موقعا عليـــها منه، وبهذا التلاقى يلتزم الطرفان بشروط العقد وأحكامه، فإن وقع ولم تطـــــابق الشـــروط المدونة بالوثيقة ما تم الاتفاق عليه، كان للمؤمن له طلب تصحيح هذه الشـــروط فى ثلاثيـــن يوما من تسلـــم الوثيقة، فإن لم يفعل - كما هو الحال فى الدعوى - اعتبـــر سكوته قبـــولا لها بما حوته من شروط ...".

طعن رقم ٨٥ لسنة ٨٨ تجارى فى ١٩٨٨/٧/٣، مجلة القضاء والقانون، السنة السادســـة عشرة، العدد الثانى، صفر ١٤١٦هـــ، ١٩٩٥م، رقم ٢٥، ص ١٠٢.

وفى المعنى ذاته: تمييز فى طعن رقم ٣٤٢ سنة ٨٧ تجارى فـــى ١٩٨٨/٢/٢١، مجلـــة القضاء والقانون، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، رقم ٢٩، ص ١٢٦.

(1) PAUL – Henry – DELVAUX. Les contrat d'adhesion. Op. Cit.. P. 82.

أحكام المحاكم. ولكن هذه السلطة المقررة للمحاكم وبالتالى رقابتها للشروط الموضوعة سلفا تنعدم فائدتها فى حالة غياب اعتراض المتعاقد عند الاطلاع عليها. إذ يفترض هنا - وإلى أن يثبت العكس - أن جميع بنود العقد - العامة والخاصة - كانت موضع قبول من جانب المتعاقد. أما فى حالة اعتراضه فإن القضاء هنا يراقب عدم صحة القبول بالنسبة له من خلال رقابة عدم التعادل الواضح بين التزامات طرفى العقد والذى يجد مصدره فى استغلال أحد المتعاقدين لضعف أو جهل أو حاجة المتعاقد الآخر[١] وهذا يعنى أن مجرد اعتراض المتعاقد على شروط العقد ليس كافيا وحده للقول بعدم صحته بل إن دوره مقصور على إعطاء القضاء إشارة البدء فى ممارسة سلطته التقديرية للبحث فى مدى توافر الاستغلال من عدمه. ومن الوسائل التى تحمى المتعاقد الضعيف فى مرحلة إبرام العقد ما يلى:

١ - إعطاء مهلة للتفكير:

إذ يتعين إعطاء الطرف المذعن (الضعيف) مهلة للتفكير فى بنود العقد، مع منحه إمكانية الرجوع عن التعاقد. وهذه المهلة تمكنه من الاطلاع على المستندات قبل التعاقدية والعقدية، ومحاولة فهمها ودراسة ما ترتبه من آثار على هيئة حقوق والتزامات، وعلى الطرف الآخر فى مرحلة إبرام العقد، وأثناء هذه المهلة، تزويد الآخر بكل ما لديه من معلومات، وبيانات تخص موضوع التعاقد، وتمكنه من الوقوف على حقيقة ما يقدم عليه، وإذا قصر فى ذلك، فإنه يخضع لمجموعة من الجزاءات المدنية والجنائية[٢] وفى هذه الحالة، يعتبر العقد منعقدا بعد انقضاء مهلة التفكير، إذا لم يبد من تقررت لمصلحته أى اعتراض أو رغبة فى عدم التعاقد، وفى المقابل، إذا

(1) Cass – BELG – 29-4-1993, J-t, 1994, P. 299.
(2) FERRIER (D.) Les dispositions d'ordre public visant a préserver la réflexion des contractants, D., 1980, Chron, N° 6 p. 178.

أبدى الطرف الضعيف ما لديه من ملاحظات أو اعتراضات، فلا يجب أن يكون موقف الطرف الآخر هو الرفض المتعنت للتعاقد، وإنما يتعين أن يكون هناك مجال للتشاور والتفاوض بين الطرفين من أجل الوصول إلى صياغة أفضل وأعدل لهما، وإذا حدث ذلك، فإن تقاربا يحدث بين كيفية إبرام العقد العادى وعقد الإذعان.

ويلاحظ أن المشرع قد يفرض مهلة للتفكير لصالح أحد الاطراف، وهنا يكون من حقه دراسة العرض المقدم إليه بدون أية ضغوط أيا كان نوعها، وتتطلب حماية هذا الطرف، ضرورة منع الطرف الآخر من محاولة إجباره على إظهار قبوله قبل انتهاء المهلة المقررة له، بحيث يستفيد بشكل كامل مما تقرر له من امتيازات تتمثل هنا فى هذه المهلة. ولا يجوز للمتعاقد الآخر الاعتداء على هذه الامتيازات أو الانتقاص منها(١).

وتظهر أهمية إعطاء المتعاقد المحتمل مهلة للتفكير فيما يقدم عليه فى حماية المستهلكين الذين قد يندفعون إلى التعاقد تحت ضغط الإغراءات التى يقوم بها التجار وأصحاب المحلات مما قد يدفعهم إلى التعاقد دون أن يكون هناك وقت للروية والبحث فى الفائدة التى تعود على المستهلك من وراء هذا العقد، وإذا أبرم العقد دون احترام هذه المهلة قد يكون مصيره البطلان. وهو ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٩٩٨/١٠/٧، والذى قررت فيه أنه: "طبقا للمادة ٢٦/١٢١ من قانون الاستهلاك، يمتنع على المهنى السعى إلى موطن العميل قبل انتهاء مهلة التفكير سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، وأيا كان شكل المقابل أو التعهد الذى يطالبه به، وينتج

(1) GHESTIN (J.) les contrats d'adhesion et les clauses abusives en droit Francais, en droit Européens, in la protection de la partie faible dans les rapports contractules. ouvrage presenté par, le centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, 1996, P. 22.

عن المادة ٦ من القانون المدنى، أن مخالفة ذلك يعد مخالفة لأمر فى النظـــام العام وتستوجب الحكم ببطلان العقد، فضلا عن العقوبة الجنائية"[١].

ويشير الفقه فى تعليقه على هذا الحكـم[٢] أنه أكد الإرادة التشـــريعية فـــى الحمايـــة المباشـــرة للمستهلك والتى ظهرت جليـــة فى القـــانون رقـــم ٧٢-٢٢٤٧ فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون رقم ٤٢١ فـــى ٢٣ يونيه ١٩٨٩ فى شأن البيوع التى تتم فى المنازل.

ولا يبدو أن هذا الحكم وما قرره من حماية مقصور على حالة البيـــع فى المنزل، وإنما يمكن الاستفادة منه فى جميع الحالات التى لا يستفيد فيـــها المستهلك من المهلة الممنوحة له للتفكير فى موضوع العقد، بما تعنيـــه مـــن إمكانية الرجوع عن التعاقد، ومن الحكم يتضح أيضا أن هذه المهلة ممنوحـــة للمستهلك بغرض حمايته، ولذلك، لا يجوز خلالها مطالبة المستهلك بتحريـــر شيك تحت الحساب[٣] حتى ولو تسلم المســـتهلك الشىء محل العقـــد بصفـــة مؤقتة للتجربة على سبيل المثال قبل التوقيع على العقد.

---

(1) Cass – Civ – 1ère – 1 – 10 – 1998, JCP, E. 2000, J, P. 279 "Selon l'article – L. 121 – 26 Al. 1er du code de la consommation, il est interdit au professionnel d'obtenir du client demarché a son domicile, avant l'expiration du delai de reflexion, directement ou indirectement, a quelque titre que ce sont, une contrepartie ou un engagement quelconque, il resulte d l'art. 6 du code civil que la méconnaissance de cette dispositoon d'ordre public est sanctionnée non sulement pénalement mais encore par la nullité Du contrat …"

(2) GERVAIS (S.), note sous l'arret preced … P. 279.

(٣) وقد كانت محكمة أول درجة قد اكتفت بتوقيع العقوبة الجنائية المنصوص عليها فى قـــانون الاستهلاك نتيجة مخالفة إحدى مواده، ورفضت الدعوى فيما يتعلق ببطلان العقد، وقد تـــأيد حكمها من محكمة ثانى درجة ومن الاستئناف.

ويضيف التعليق على الحكم[١] أن ما قرره القانون الخاص بالاستهلاك من حماية يمكن توفيرها فى ظل النظرية العامة للالتزامات من خلال الغلط الناتج عن السكوت المخادع من جانب المهنى، مما يجعل إرادة المستهلك معيبة طبقا للقواعد العامة[٢].

٢ – كما تظهر الوسيلة الثانية لحماية الطرف المذعن عند تكوين العقد، فى ضرورة إعطائه الحق فى العدول، هذا الحق قرره القانون الأمريكى تحت عنوان "Cooling – off - period" ، واعترف به المشرع الفرنسى فى المادتين ٧، ٢/١٤ من قانون حماية المستهلك الصادر فى ١٩٨٣/٨/٢٥، ويأتى هذا الحق استثناء من مبدأ أن العقد الذى يبرم صحيحا قانونا لا يجوز تعديله أو الرجوع فيه إلا بموافقة الطرفين المتعاقدين[٣] اقتضته حماية المتعاقد الضعيف عموما، والمستهلك بخاصة[٤]. وهذا يمثل ضمانة بلا شك للمتعاقد المذعن، إذ يتأكد من أن ما وافق عليه عند تكوين العقد ولحظة إبرامه سوف لا يتغير ولا ينتقص ولا يزول

---

(1) GERVAIS (s) NOTE PRECIT ... p. 280.

(٢) انظر فى مدى إمكانية توفير الحماية اللازمة للمستهلك فى ظل القانون المدنى: د. حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٣) وقد قضت فى ذلك محكمة النقض المصرية بقولها: "النص فى المادة ١/١٤٧ مدنى على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين. أو للأسباب التى يقررها القانون" مما يدل على أن العقد هو قانون العاقدين وهو تطبيق لقاعدة مبدأ سلطان الإرادة الذى ما زال يسود الفكر القانونى، ولازم تلك القاعدة أن ما اتفق عليه المتعاقدان. متى وقع صحيحا لا يخالف النظام العام أو الآداب أصبح ملزما للطرفين فلا يجوز نقض الحكم ولا تعديله من جهة أى من الطرفين، إذ أن العقد وليد إرادتين، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة، وهذا هو الأصل إلا أنه يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق طرفيه أو لأسباب يقرها القانون، وكذلك لا يجوز للقاضى أن ينقض عقدا صحيحا أو تعديله بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه العدالة ......" نقض مدنى فى ١٩٩٥/٤/٦، مج أحكام النقض س ٤٦، رقم ١٢١، ص ٦٠٤.

(1) GHESTIN (J.): Op. Cit., P. 22.

بالرجوع عنه من جانب الطرف الآخر. وهو في الوقت نفسه يستطيع التراجع عما تعهد به في خلال المهلة المحددة قانونا أو اتفاقا لذلك.

وهذا الكلام ينطبق على العقود كافة بما فيها عقود الإذعان، بل إن المشرع قد ميز هذه الأخيرة بإعطاء سلطة للقاضي في التدخل للتعديل فيها إذا وجد بنودها أو أحدها مجحفا بالطرف المذعن (الضعيف). وذلك طبقا للمادة ١٤٩ مدني التي تنص على أن: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ومن هذه المادة يتضح أن القاضي مطلوب منه أولا البحث في بنود العقد واشتراطاته بناء على طلب المتعاقد الذي يشكو من التعسف، فإذا تبين له وجود شروط تعسفية، استعمل سلطته المقررة له بقوة القانون في تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف الضعيف منها أو من بعضها.

تفسير العقد :

نظر القضاء - وخاصة البلجيكي - إلى العقود النمطية بصفة عامة على أنها عقود تحتوي على بنود موضوعة سلفا من جانب أحد الطرفين، وقد أولاها اهتماما خاصا. بدا - أولا - في البحث المكثف والدقيق عن الإرادة الحقيقية للأطراف والتي تقف خلف إرادتهم المعلنة. وباسم الإرادة الحقيقية رجح القضاة الشروط الخاصة أو المضافة بمعرفة الطرفين على الشروط العامة الموضوعة سلفا من جانب أحدهما. وقد حل البحث عن الإرادة الحقيقية التناقض الذي قد يوجد بين الشروط العقدية الموضوعة مسبقا وخاصة عندما يحاول كل طرف فرض مفاهيمه الخاصة والتي لا تؤدي إليها بنود العقد نفسها. بل إن القضاء قد وصل إلى حد

إبطال الشـــروط المتعارضة عندما يتضح أنها أو بعضها ليست محل اتفــــاق بين الطرفين •

وقد حكم عملية البحث عن الإرادة الحقيقية اتجاهـــان مـــهمان فـــى التفسير:

الأول: ويسمى بالتفسير المقيد وفيه يجتهد القاضى بتحديد مضمــــون البنود بشكل لا يؤدى إلى الخروج عن القواعد العامة كلما أمكنه ذلك• متقيـدا بالبنود التى وردت بالعقد وبما يشير إليه مضمونها من خلال العبارات التـــى صيغت بها •

وهنا يستعين المفسر بالنصوص المختلفة الواردة فى العقــد لإعطـــاء معنى محدد للعبارة الغامضة، كما قد يستعين بموضوع العقد ككل فى تحديـــد هذا المعنى، إذ لكل عقد أحكام معينة تتوافـــق مـــع طبيعتـــه، ويفيـــد اتفـــاق المتعاقدين على نوع العقد رضاءهما على هذه الأحكام، مما يتطلب ضـــرورة تفسير عبارات العقد بهذا المعنى، واستبعاد المعنى الـــذى لا يتوافـــق مـــع طبيعة العقد[١]• وقد قضت فى ذلك محكمة استئناف باريس[٢] بأن الرجـــوع فى الوصيـــة هو أمر يمثل أحد الخصائص الأساسية لـــها، ويتعيـــن تفســـير النص الذى يحدد مدة معينة للرجوع فى الوصية بما يتوافـــق مـــع المبـــادئ العامة التى تجيز الرجوع فى الوصية فى أى وقت، ولذلك لا يتقيد الموصـــى فى هذا الرجوع بمدة معينة"• ويلاحظ أنه إذا وجد تعارض بيـــن بنـــد فـــى

---

(١) د• أحمد شوقى محمد عبد الرحمن: قواعد تفسير العقـــد الكاشـــفة عـــن النيـــة المشـــتركة للمتعاقدين، ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، ١٩٧٧، ص ٣١ وما بعدها•

(2) Paris, 4-12-1957, D. 1952, somm – 45 "l'un des caracteres essentiels du testament etant sa révocabilité. le rappel qu'en Fait le testateur dans ses dispositions est superfetataire et sans effet lors qu'une clause est suscptible de deux sens l'art. 1157. C. cv. Fait obligation au juge de l'etendre plutot dans celui avec lequel elle peut produire effet que dans celui avec lequel elle n'en produit aucun.

العقد،وبين ما تفرضه طبيعة العقد من آثار بالنظر إليه كوحدة متكاملة، فإن ذلك يؤدى إلى إغفال هذا البند، والاعتداد بالتفسير المستمد من موضوع العقد[١].

ويراعى أيضا أن المفسر قد يلجأ إلى الغرض المقصود من العقد ليفسر بندا غامضا ورد به، وفى الاتجاه هذا أيدت محكمة النقض المصرية[٢] حكم قاضى الموضوع الخاص بتفسير شرط وارد فى عقد البيع بترك مسافة معينة من البناء المجاور وعدم شغله بالبناء، وقد فسرت المحكمة هذا الشرط بناء على الغرض الذى يقصده المتعاقدان، وهو عدم إشغال الأجزاء المتروكة من العقار المرتفق به بما يحجب النظر وتعيق الهواء أو النور عن العقار المرتفق، وطبقت المحكمة هذا المعنى على البلكون المختلف عليها، ورأت أنه لا يمكن اعتبارها من المبانى بالمعنى الذى قصده المتعاقدان، حيث تبين أنها من حديد مفرغ لا يحجب النظر ولا يعيق سير الهواء، ولا يمنع أشعة الشمس أو النور عن المنزل المرتفق.

وتطبيق هذا الاتجاه المقيد أو الضيق فى التفسير على عقود الإذعان، قد يؤدى إلى غض الطرف عن الشروط التعسفية والجائرة الواردة

---

(١) د. أحمد شوقى عبد الرحمن: المرجع السابق، ص ٣٢.

(٢) نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢، المجموعة الرسمية س ٣٤، ص ١٨٣، رقم ٨٥. وقد جاء فيه: "لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير المشارطات وفق الغرض الذى يظهر أن العاقدين قد قصدوه، مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة، مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى، فله - اعتمادا على شروط عقد البيع ومفهوم مقصود العاقدين فيها - أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ فى طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرتفق بالهواء والنور والمطل. وقد قضت المحكمة ذاتها حديثا بأن "المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه لا يجوز للمحكمة وهى تعالج تفسير المحررات أن تعتد بما تفيده عبارة معينة دون غيرها من عبارات المحرر، بل يجب أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفى مجموعها ..." نقض مدنى فى ١٩٩٦/١١/١٨، مج أحكام النقض، س ٤٧، ص ١٣٠٩، رقم ٢٣٩.

بهذه العقود، حتى ولو كانت متنافية مع العدالة أو مبدأ حسن النيـــة، إذ هــذا الاتجاه يتقيد بحرفية ما ورد بالعقد دون أى اعتبار آخر.

الثانى: وفيه يتوسع القاضى فى عملية التفسير لدرجة أنـــه يقـــوم بتفسير الشروط الموضوعة سلفا ضد مصلحة المتعاقد الـذى قـام بوضعـها ولصالح الطرف الآخر. وقد أيد الفقه هذا التوسع وخاصة فى حالـة مـا إذا كانت الشروط المراد تفسيرها تولد التزاما على عاتق الطـــرف المفروضـة عليه.

وقد اتجه الفقه إلى تفضيل الاتجـاه الموسـع فـى التفسـير بعـد الانتقادات العديدة التى وجهت إلى التفسير الضيق، بل إن المشـرع نفسـه سواء فى فرنسا[١] أو فى مصر[٢] قد مال إلى هذا الاتجـاه عندمـا اسـتلزم ضرورة مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقود، كما أشار إلـى أن العقـود قـد تلزم أطرافها بما لم يرد بها إذا استلزمت ذلك طبيعة العقد وما تقضـى بـه العدالة أو يقره العرف. وتطبيقا لذلك، فى مجال عقود الإذعـان، اسـتطاع القاضى أن يتدخل بإعادة النظر فى الشروط التعاقدية التـى يراهـا مجحفـة للطرف الضعيف (المذعن) ويكون تدخله إما بتعديلها أو الانتقـاص منـها أو إعفاء هذا الطرف منها.

وقد ظهر هذا التفسير بشكل واضح فى عقد التـأمين حيـث وقـف القضاء عموما أمام الشروط التى بمقتضاها يسقط حق المتعاقد فى الحصـول على مبلغ التأمين من الشركة موقف الشك والريبة عـن طريـق تفسيرها لصالح المتعاقد وضد الشركة. وقد تدعم هذا القضاء بالعديد من النصـوص التشريعية المتعلقة بعقد التأمين والتى أبطلـت الشـروط الـواردة بالوثيقـة

---

(1) V. Art. 1134 et 1135. C.C.F.

(٢) المادة ١٤٨ من القانون المدنى.

المتعارضة مع القانون أو اللوائح[1]، كما اشترطت أيضا ضـرورة صياغـة الشروط العامة والخاصة بألفاظ واضحة ومحـددة وألا تحتوى على شـرط يهدد المساواة بين التزامات الأطراف.

---

(1) وقـد أشارت إلى ذلك المادة ٧٥٠ مدنى مصرى بقولها: "يقع باطلا ما يرد فى وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

١ - الشرط الذى يقضى بسقوط الحق فى التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائـح، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جنحة عمدية.

٢ - الشرط الذى يقضى بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره فى إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو فى تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

٣ - كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التى تؤدى إلـى البطلان أو السقوط.

كما أشار إلى ذلك نص المادة ٧٨٢ مدنى كويتى - كما قضت فى الاتجاه ذاتـه محكمـة التمييز الكويتية بقولها: "لئن كان الأصل هو حرية المتعاقدين فى تعديل قواعـد المسـؤولية العقديـة التى أنشأتها إرادتهما الحرة، وذلك فى حدود القانون وقواعد النظام العام، وكـانت المادة ٧٥ مـن قرار وزير الداخلية رقم ٨٦/٨١ وأخذا بهذا الأصل، قـد نصـت علـى أن تتضمن الوثيقة قيودا معقولة على المؤمن له بالنسبة لاستعمال المركبة وقيادتـها بشـرط ألا تتعارض مع نصوص قانون المرور وقراراته. فإذا أخل المؤمن له بتلك الواجبات أو القيود، كان للمؤمن الرجـوع عليه لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض. وكان ما تضمنه البنـد ثانيا فقرة ٣ من الشروط العامة فى وثيقة التأمين من نص على حق المؤمنة فى الرجوع على المستأمن بقيمـة ما تكون أدته من تعويض وفقا لأحكام المادة ٧٥ من قرار وزير الداخليـة المشار إليه إذا لـم يراع عدم قيادة السيارة بسرعة تتجاوز المعدل المنصوص عليه فى قانون المرور وقراراته أو إذا ثبت عدم كفاءة أجهزة المركبة وقت وقوع الحادث يعتبر من القيـود المقبولة التى نص القانون على وجوب الالتزام بها، وكانت نصوص قانون المرور وقراراتـه المنظمة لقواعـد وأحكام التأمين الإجبارى على السيارات لم تشترط شـكلا معينـا لكتابـة الشـروط التى من شأنهـا سقـوط حق المؤمن له فى التأمين أو التى تبيح للمؤمن له الحـق فى الرجوع بما أداه من تعويض، فإن المادة ٧٨٢ مدنى بنصها على أن: "لا يجوز الاحتجـاج على المؤمن لـه بالشروط المتعلقة بالبطلان أو السقوط، إلا إذا أبرزت بطريقة - متميزة =

تنفيذ العقد :

يحكم تنفيذ العقود بشكل عام واجبات رئيسية، منها الصدق والأمانة والاعتدال والتعاون بين الطرفين المتعاقدين • وقد اعترف القضاء بوجود التزامات مفروضة على المتعاقدين لا يشترط الإشارة إليها فى العقد • وباسم هذه الواجبات الخلقية ألزم القضاة كل طرف فى العقد بضرورة إخبار الآخر بجميع البيانات والمعلومات التى يتطلبها تنفيذ العقد والابتعاد عن كل ما من شأنه التشديد من أعباء المتعاقد الآخر أو التقليل من الفائدة المشروعة التى يأمل الحصول عليها من وراء العقد • كما يلتزم كل طرف بعدم إساءة استخدام حقوقه وبمساعدة الآخر على احترام تعهداته وتنفيذها[1] • وبعبارة عامة، يراعى كل طرف، مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقد وليس بشرط أن يتوافر لدى المتعاقد نية الإيذاء أو الغش أو احتكار مصلحة المتعاقد الآخر للقول بأنه سيئ النية بل إنه يكون كذلك إذا صدر عنه أى تصرف لا يصدر عن الشخص المعتاد الموضوع فى ظروفه نفسها •

وقد اعتبرت محكمة النقض البلجيكية عدم إخبار المؤمن - باعتباره طرفا فى الدعوى الجنائية المرفوعة على المؤمن له - المؤمن له بعدم اتجاه نيته إلى استئناف الحكم الصادر فى الدعوى مما وضع الأخير فى

= كأن تكتب بحروف أكثر ظهورا أو أكبر حجما، تكون واجبة الإعمال بحكم المادة ٨٠٩ مدنى، وخاصة أن حكمها لا يتعارض مع أحكام قانون المرور بل يعتبر مكملا لها •••

طعن بالتمييز رقم ٢٠٨ لسنة ٨٧ تجارى جلسة ١٩٨٨/٦/٦، مجلة القضاء والقانون، يونية ١٩٩٥، ص ٣٥، رقم ٥.

وفى المعنى نفسه: طعن رقم ١٤٧ لسنة ٨٨ تجارى فى ١٩٨٨/١١/١٣، المرجع السابق ذاته، رقم ٤٥، ص ١٦٦.

(1) FAGNART, L'execution de bonne foi des conventions, un principe en expansion : Rev.– crit – Juris – Belge, 1986, P.P. 286, 316.

استحالة بشأن اتخاذ قرار بالاستئناف من عدمه مخالفة منه لمقتضيات مبــدأ حسن النية الذى يسود عقد التأمين ويتخذ فيه معنى خاصا[١].

وبشكل عام، فإن مما يخفف من غلواء عقد الإذعان ويوفر حمايــة كبيرة للطرف الضعيف فيه أمور عدة منها:

١ – أن تتدخل الدولة باستمرار لفرض رقابتها علــى الشــركات أو الأشخاص الذين تمنحهم احتكار مرفق عام. ويأتى تدخلــها عــادة لصــالح المستهلكين، وذلك كشرط لإعطاء هذه الشركات امتيــاز اســتغلال المرفــق العام.

٢ – تبطل المحاكم كل شرط مجحف بالطرف المذعن وهــو يكــون كذلك إذا جاء متجافيا مع ما ينبغى أن يسود التعامل من شرف ونزاهة أو مــع ما تستوجبه مقتضيات حسن النية، ويستوى أن يكون هذا الشرط موجودا فــى مكان ظاهر أو مستترا فى العقد المطبوع. وقد رأينا المحاكم قد توسعت فــى مفهوم عقد الإذعان واعتبرت عدم التعادل بين طرفى العقد كافيا لتوافر هــذا العقد، وفى بعض الحالات توصلت إلى إبطال العقد إذا كان مخالفــا لــلآداب عن طريق تطبيق الشروط الخاصــة بالمحل، أى يجب أن يكون مــا اتفــق عليه الطرفان مشروعا واعتبر القضاء أن عدم التعادل الموجود فــى العقــد مخالفا للآداب وبالتالى فإن المحل غير مشروع.

٣ – كما تبطل المحاكم كل شرط مجحف أو غير مجحــف مــا دام موجودا فى مكان غير ظاهر فى العقد بحيث لا يمكن الاطــلاع عليــه فــى يسر.

---

(1) Cass – Belge – 22-6-1978, Rev – Crit – Juris – Belge 1980, P. 322 (2 arrets).

٤ - كما تفسر المحاكم الشك أو الغموض الذى يكتنف عبارات العقد دائما وفى كل الأحوال لمصلحة الطرف المذعن، وهذا مظهر آخر من مظاهر الحماية للجانب الضعيف فى عقد الإذعان ويمثل خروجا على القواعد العامة فى التفسير، إذ القاعدة العامة أن الشك باستمزار يفسر لمصلحة المدين فى حين أنه يفسر - فى عقد الإذعان - لمصلحة الطرف المذعن حتى ولو كان دائنا بصدد ما يراد تفسيره. وقد قضت فى الاتجاه هذا، محكمة السين الفرنسية "بأن المؤمن الذى يضع قانون العقد عليه أن يتحمل الغموض الناتج من الكتابة المسندة إليه، حتى إذا كان المقصود من التفسير هو تحديد التزاماته البحتة"[١].

٥ - يجب مراعاة حسن النية فى تفسير عقود الإذعان، فإذا كان حسن النية مبدأ عاما فى تفسير العقود عامة، فإن أهميته تزداد وأثره يعظم بشأن عقود الإذعان التى عادة ما تفرض على طرف التزامات يصعب عليه مناقشتها أو يتعذر. وفى تطبيق قضائى على عقد التأمين، قضت محكمة استئناف باريس[٢] بأن تغيير المؤمن له فى اسمه فى وثيقة التأمين لا يؤدى إلى إسقاط حقه فى التعويض، إذ لا يؤثر ذلك فى الخطر المؤمن منه"، وبخاصة إذا كان المؤمن له قد أعطى بيانات أخرى تكفى لتحديد شخصيته. وعلى وجه العموم، فإن القضاء يبحث عن جوهر البند المراد تفسيره فى عقد الإذعان ولا يتقيد بحرفيته، وذلك إعمالا لمبدأ حسن النية فى مجال التفسير[٣].

---

(1) SEINE, 27-5-1963, D, 1964, Somm, 17.
(2) Paris, 14-2-1928. S, 1929, 2, 59.

(٣) سعيد عبد السلام: سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، ١٩٩٢، ص ٩٢.

ويلاحظ أن محاولات المشرع والفقـــه والقضـــاء لحمايـــة الطـــرف الضعيف لا تحدث الأثر والمفعول نفسهما الذى تحدثه المنافسة الحـــرة فـــى تقديم الخدمات أو السلع محل عقود الإذعان. فكلمـــا قـــل الاحتكـــار وزادت المنافسة بين مقدمى السلع والخدمات، كانت هناك فرصة أكبر أمام المتعـــاقد للاختيار من بين هؤلاء ما يراه أقل حدة أو قسوة بشأن بنود العقد. وهذا مـــا يدفعهم إلى التخفيف من طابع الإذعان فى العقـــود التـــى يطرحونـــها علـــى الجمهور. والمثال على ذلك أن المتعاقد فى عقد التأمين أصبح لديـــه حريـــة الاختيار بين نماذج ووثائق التأمين التى تطرحها الشـــركات علـــى راغبـــى التأمين.

المبحث الثالث

المتعاملون مع أرباب المهن الحرة

العلاقة بين أى مهنى والمتعامل معه تتميز بطابع خاص يبرر انفرادها ببعض الأحكام كما يبرر التركيز على أهمية المرحلة السابقة على التعاقد فى مثل هذه العلاقة.

وأول ما يميز هذه العلاقة غلبة الطابع الشخصى عليها، فالمتعاقد قد أدخل فى اعتباره شخصية المهنى عند قيام رغبته فى التعاقد معه ووضع ثقته به. هذه الثقة التى تؤسس عليها العلاقة المتبادلة بينهما. فإذا اختار شخص محاميا للدفاع عن مصالحه، وإذا اختار مريض طبيبا لعلاجه، فلازم ذلك أن شخصية الأخير قد وقعت منه موقع الارتياح والقبول بما يترتب على ذلك من أن العميل يتعامل مع المهنى ويخاطبه وكأنه يخاطب نفسه بل يسلم نفسه إليه ويبوح له بما لا يقدر على البوح به لغيره.

كذلك تتميز هذه العلاقة بأنها تقوم بين قوى وضعيف، بين عالم بأصول فنه متخصص فيه وبين جاهل به[1].

---

[1] وينظر الفقه باستمرار إلى العميل المتعامل مع أرباب المهن الحرة على أنه مستهلك، كما ينظر إلى المهنى باستمرار على أنه المحترف، ويعرف المستهلك بشكل عام بأنه "كل شخص طبيعى أو معنوى يتلقى خدمة أو سلعة لتحقيق أغراض خاصة بعيدا عن أية أهداف أخرى، أى أنه يتلقى الخدمة أو السلعة بهدف استهلاكها أو الانتفاع بها" وبذلك يتضح أن هناك شرطين لتوافر صفة المستهلك:

١ – يجب وجود حاجة إلى المال أو الخدمة.

٢ – كما يجب أن يكون الاقتناء أو الاستخدام بهدف تحقيق أغراض خاصة Fins Privés وبذلك يمكن أن يكون كل من المهنى أو التاجر مستهلكا إذا امتلك أو استخدم مالا أو طلب خدمة بهدف الاستخدام الشخصى وليس بهدف إعادة التصرف فيه. =

كما تتصف هذه العلاقة أيضا باعتمادها على ضمير المهنى، إذ أن هناك مجموعة من الواجبات تنشأ وتترعرع فى أحضان المهنة ويجد الممارس لها نفسه ملزما بها بوازع من ضميره وبباعث من خلقه دون النظر إلى اهتمام المشرع بها من عدمه ودون اشتراط إشارة العقد الرابط بين المهنى وعميله إلى هذه الواجبات. ومهما حاول المشرع واجتهد فى وضع جزاءات على المهنى فلن يصل إلى ردعه ما لم يجد الأخير من نفسه رقيبا ويقيم من ضميره قانونا داخلها يهديه إلى الرشد ويبعده عن الزلل.

ومن جماع هذه الصفات للعلاقة بين المهنى وعميله تتضح أهمية المرحلة السابقة على التعاقد بما تفرضه على المهنى من التزام رئيسى، مضمونه قيامه بتبصير العميل وتنوير إرادته وإسداء المشورة إليه. ونرى فى الالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات قبل التعاقدية، التزاما يقع على عاتق المهنى بحكم علمه بما لا يستطيع العميل إدراكه، ومن واقع إلمامه

- ونظرا لعدم التعادل الظاهر - غالبا - بين المستهلك والمنتج فقد سعى الفقه والقضاء ومن قبلهما المشرع إلى البحث عن وسائل لحماية المستهلك، ومنها إجبار المهنى (المنتج بشكل عام) بضرورة إعلام المستهلك وإخباره بكل ما يتعلق بالسلعة أو الخدمة أو المهنة محل العقد، ويرتبط الالتزام بالإعلام بالمبدأ العام فى إبرام العقد وتنفيذها ألا وهو حسن النية.. والمعلومات التى يلزم المهنى (المنتج) بتزويد المستهلك بها تتعلق أساسا بأوصاف السلعة أو الخدمة التى يقدمها، ويجب أن تكون صحيحة ومفيدة. فالالتزام بالإخبار سوف يفقد سببه إذا كانت المعلومات غير مفيدة بالنسبة للدائن بها. وبذلك يظهر هذا الالتزام فى كل معلومة أو عنصر يكون من مصلحة المستهلك معرفته.

DOMONT – NAERT: Les relations entre Professionnels et conosmmateurs en droit BELGE, in "la protection de la partie faible dans les raports contractuels P. 219, Ouvrage presenté par le centre de droit des obligations de l'unverisité de Paris 1.

SINAY – CYTERMANIN: Les relations entre professionnels et consommateurs en droit Francais l'ouvrage precité, P. 241.

بمعلومات فن تعجز قدرة المتعامل معه عن الوصول إلى بحـوره. ولذلـك، فالمهنى ملزم بإرشاد عميله وإضاءة طريقة وتبصير إرادته قبل إبرام العقـد بينهما حتى يأتى رضاه سليما. وهذا النوع من الالتزام يختلف عن الالـتزام بالمشورة باعتباره التزاما عقديـا على المهنى من حيث أسـس كـل منـهما ووقت تنفيذهما. فالالتزام قبل التعاقـدى يجد أساسـه فـى نظريـة صحـة الرضاء، أى أنه يتعلق بإبرام العقد، إذ يلزم وجود رضاء حـر واع مسـتنير لدى المتعاقد بحيث يكون على علم بحقيقة العقـد الـذى يبرمـه وبياناتـه التفصيلية ومدى ملاءمته لغرضه الرئيسى من التعاقد.

أما الالتزام بالمشورة، فأساسه يكمن فى أنه التزام قائم علـى عـاتق المهنى كباقى التزاماته فى مواجهة العميل من واقع حسن النيـة فـى تنفيـذ العقود[١]. أما مـن ناحية وقت التنفيذ فالالتزام قبل التعاقدى - كمـا هـو

(١) ومن ذلك صاحب الورشة الذى قبل إصلاح سيارة العميـل وكان يجب عليه نصـح هـذا الأخير بأن الإصلاحات التى سيجريها بالسيارة ستتكلف ما يجاوز قيمة هذه السيارة وأن مـن الأفضل له استبدالها بسيارة أخرى بنصف التكاليف. وبالتالـى ألزمته المحكمـة بتعويـض العميل عن إخلاله بالتزامه وفقا للعقد الأصلى بتقديم المشورة إلى العميل.

Rouen, 18-5-1973, J.C.P. 1974, 11. No 17867 et not Gross.

وقد يتخذ الالتزام العقدى بالمشورة صورة التحذير من مخاطر معينة، وإذا لم يقم المتعـاقد بذلك التحذير تقوم مسئوليته العقدية تجاه الدائن بالالتزام، ومن أحكام القضاء الفرنسـى، مـا قضى به من مسئولية المهندس الاستشارى العقدية عن عدم تحذير العميل من بعض المخاطر - رغم النص على ذلك فى العقد - ما دام أن هذه المخاطر متصلة بموضوع العقد.

Cass - Civ - 21-1-1971, J.C.P., 1971, 11, 16739. "Justifient leur condamnation au profit du maitre de l'ouvrage, d'un ingenieur - conseil, chargé d'une mission de conception et de surveillance pour la realisation du chauffage le rapport de causalité entre la faute de conception de l'ingénieur et la totalité du prejudice subi par les coproprietaires.

ومسئولية مصفف الشعر (الكوافيـر) - عن عدم تحذيره للسيدة التى تتعامل معـه مـن بوادر مرض معين يمكن له معرفته بالملاحظة العادية.

Paris, 27-2-1965, Gaz - Pal, 1965, 1, 324. "De la commeune intention des parties, l'exécution du contrat de coiffure comport a la charge du coiffeur =

واضح - التزام سابق على التعاقد يجد مكانه في وقت المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد، أما الثاني فيجد مجاله أثناء تنفيذ العقد. أي أنه مرتبط بالالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد. فالمعيار المميز بين نوعي الالتزامات يكمن في لحظة تطلب أي منهما. فإذا كان الالتزام قائما ومطلوبا قبل إبرام العقد فيعد التزاما بالإدلاء بالبيانات في المرحلة السابقة على التعاقد. أما إذا كان تنفيذ الالتزام يرتبط بسائر الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد أثناء تنفيذ العقد فإنه يكون التزاما تعاقديا بالإخطار ببيانات معينة يختلف مضمونها تبعا لطبيعة العقد[1] كما يختلف نوعا الالتزامات بالنسبة لجزاء الإخلال بأحدهما. فجزاء الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات أثناء تنفيذ العقد تطبق عليه الأحكام العامة في المسؤولية المدنية ولا ينفرد الإخلال به بإحكام تختلف عن تلك المطبقة في حالة عدم تنفيذ أي التزام عقدي، وعلى ذلك يستطيع المتعاقد طلب التنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا كما أن له التمسك بالامتناع عن التنفيذ كما يمكنه طلب الفسخ.

أما عن جزاء الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات في مرحلة التفاوض لإبرام العقد فالأمر يختلف تبعا لتحديد طبيعة هذا الالتزام وطبيعة

= une obligation de prudence et de diligence. Il est du devoir d'un coiffeur de se renseigner auprés de sa cliente sur des troubles subis parelle a la suite de precedente permanents a froid avant d'en fait une nouvell. L'ignorance d'un coiffeur, dans telles conditions, de l'etat ellergique de sa cliente aux lotions frisantes, suffit a constitur de sa part une faute contractuelle a son egard dont il lui doit reparation:".

ومسؤولية الوكيل العقارى عن عدم تنبيه العميل إلى إجراء رسمي عليه أن يتخذه خلال ميعاد معين.

Cass – Civ. 3-10-1969, D, 1969, 1, 324.

(١) د. نزيه المهدي: الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ٣٨.

مسؤولية المتعاقد المحتمل فى هذه المرحلة هل هى عقدية أم تقصيرية وهـــو ما سنثيره فيما بعد[١].

من جانب آخر: يختلف الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات عـــن التزام آخر مؤداه تقديم الاستشارة القانونية أو الفنية والذى يكون محله عقـــدا خاصا يبرم من شخص يحترف ذلك ويسمى عقد تقديم المشورة أو النصيحـــة Contrat de conseil professionnel[٢] فمن حيث الطبيعـــة فـــإن الالتـــزام بالنصيحة وإسداء المشورة فى الفترة السابقة على التعاقد يتحدد محلـــه فـــى قيام المدين به بإخطار الطرف الآخر وإعلامه بجميع البيانات التـــى تســـاعد على تنوير إرادته وتبصره كما تمكنه من اتخاذ قرار بشأن إبرام العقـــد مـــن عدمه وعلى أى نحو وبأى مضمون يتم التعاقد.

---

(1) Schmidt, la sanction de la Faute precontractuelle Rev – Trim – Dr – Civil, 1974, No. 48, P. 72.
Poyer L`obligation de Rensignement dans la formation du contrat. the, Aix – Masreille 1977, …… P. 230.

ويرى بعض الفقه أن الالتـــزام العقدى بالإدلاء بالبيانات ليس إلا امتدادا للالـــتزام قبـــل التعاقدى بالإدلاء بهـــذه البيانات وخاصة إذا وردا على ذات المحل ويدلل هذا البعض علـــى رأيه بالقول أن الجزاءات المترتبة على مخالفة الالتزامين واحدة، إذ أن البطـــلان مقـــرر لحالات الغش أو التدليس أو العيوب الخفية المتوافرة فى كل من المرحلـــة السابقـــة علـــى التعاقد أو مرحلة تنفيذ العقد.

ويضيف هذا البعض أنه من الصعب التفرقة – من الناحية العمليـــة – بين الالتزامـــات قبل التعاقدية والالتزامات العقدية على الرغم من اختلافهما من الناحية المنطقية فالانتقال مـــن الالتزام بالإعلام أو الإخبار قبل التعاقدى إلى الالتزام بالمشورة أو النصيحة أثناء التعاقد يتـــم بطريقة سرية وخفية.

Ph – le tourneau, De L`allegement de l`obligation de Renseignement ou conseil D, 1987, chro. P. 107.

(٢) انظر فى هذا العقد تفصيلا: د. حسن البراوى: عقد تقديم المشورة، رسالة دكتوراه، حقـــوق القاهرة، ١٩٩٧.

أما الالتزام بتقديم المشورة أو النصيحة الناشئ عن عقد المشورة فهو ليس التزاما سابقا على التعاقد بل هو تعهد يمثل التزاما عقديا أصليا إن لم يكن وحيدا يقع على عاتق الشخص الذى يحترف تقديم هذه المشورة[١]، أما من حيث وقت ومجال كل منهما فمختلف. فالالتزام بتقديم المشورة يجد مكانه فى لحظة تنفيذ العقد بينما الالتزام قبل التعاقدى فيجد مجاله لحظة إبرام العقد على ما يترتب على ذلك من اختلاف فى أثر أو جزاء الإخلال بتنفيذ أى من الالتزامين[٢] فالإخلال بالالتزام الأول يثير قواعد المسئولية العقدية للمدين به أما جزاء الإخلال بالالتزام الثانى فيثير التساؤل حول إمكانية تطبيق عدة جزاءات على حسب تأثير تخلفه فى رضاء المتعاقد الآخر ومدى إمكانية إبطال العقد وأساسه[٣].

كما يختلف الالتزام قبل التعاقدى بتبصير إرادة العميل عن الالتزام الذى يقع على عاتق طرفى العقد بالتفاوض لإبرام العقد، فالأول يوجد قبل الدخول فى التفاوض، أى أن أول ما يجب على المهنى فعله بالنسبة لمن جاءه طالبا التعاقد معه هو إعلانه وإخباره بكل ما لا يعرفه عن موضوع العقد، فالإلتزام بالإخبار يحتل المكانة الأولى على خريطة العمل القانونى المطلوب من المهنى[٤] ولذلك، فإن القانون[٥] والفقه والقضاء قد فرض على الشخص الراغب فى التعاقد الالتزام بإخبار الآخر بما لديه من

(1) Cornu, Rev – Tr. Dr – Civ – 1972, P. 418 No. 5.
(2) SAVATIER, Le contrat de conseil, D, 1972, P. 10. No. 10.

(٣) د. نزيه المهدى: الالتزام قبل التعاقدى، المرجع السابق، ص ١٦.
MIALON (Marie) Contribution a l'étude Juridique d'un Contrat de conseil, Rev – Tr. Dr. Civ – 1973, P. 5.

(4) DE JUGLART "L'obligation du renseignements" Rev. Tr. Dr. Civ., 1945, 1.

(٥) وهو ما فعله المشرع المصرى والفرنسى بخصوص عقد التأمين، وما فعله المشرع الفرنسى بشأن عقد الإيجار فى بعض الحالات، فقد فرض قانون ١٩٨٢/٦/٢٢ على المؤجر التزاما بتزويد المستأجر بالمعلومات اللازمة لإبرام العقد.

معلومات وبيانات تتعلق بموضوع العقد، وبخاصة فى الحالات التى يوجد فيها عدم تعادل واضح فى هذه المعلومات لمصلحة طرف على حساب آخر، وهو ما ينطبق على العلاقة بين المهنى والعميل، وقد ذهب بعض الفقه – فى هذا الشأن(١) – إلى أن أحد جوانب هذا الالتزام يعد وجها من وجوه الالتزام بعدم ارتكاب الغش عند إبرام العقد.

وتتعدد أوجه الالتزام بالتبصير أو الإعلام فى المرحلة السابقة على التعاقد، فرضاء المتعاقد مع المهنى يجب أن يكون مستنيرا فيما يتعلق بالعناصر التى يتم التفاوض بشأنها أولا، ثم بعناصر العقد جميعها ثانيا وذلك بغرض ألا يكون الرضاء حول العقد المزمع إبرامه جزئيا، وقد يكون تنفيذ الالتزام بالتبصير عن طريق تمكين المتعاقد الاحتمالى من الاطلاع على المستندات والوثائق التى يعتمد عليها التفاوض أو التعاقد، وهو ما يلقى بالتزام على عاتق المهنى الذى يعلم بهذه الوثائق والمستندات بتسهيل مهمة الاطلاع بالنسبة للعميل، كما قد يظهر الالتزام بالتبصير فى ضرورة قيام المهنى بإعلام العميل بكل ما يتعلق بالشيء محل التعاقد، وهذا يستلزم منه تصرفا إيجابيا يدفعه إلى التقصى والبحث من أجل المعرفة التامة بموضوع التعاقد، ليقوم بنقلها إلى العميل. كما يتعين على المهنى إعلام العميل بالصعوبات القانونية أو المادية التى قد تعيق تنفيذ العقد أو تجعله مرهقا للعميل أو تؤدى إلى الإقلال من الفائدة المرجوة من هذا العقد(٢).

وتنفيذا للالتزام بالتبصير فى المرحلة السابقة على التعاقد، يجب على المهنى نصح عميله وإرشاده إلى ما فيه نفعه وإبعاده عما فيه شره، فالمحامى ملزم بالتوضيح لمن جاءه طالبا مساعدته درجة احتمال نجاح

---

(1) CEDRAS, Op. Cit., P. 266.

(٢) انظر فى عرض ذلك: أحمد محمد محمد الرفاعى: الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١١٢ وما بعدها.

دعواه أمام القضاء، كما يلفت نظره إلى الإجراءات التى يتعين اتباعها سواء لإيداع دعواه أمام المحكمة أو لحفظ حقه من السقوط وخاصة بالنسبة للمواعيد القانونية.

كما يلتزم المحامى بإخبار عميله عن الأتعاب التى ينوى تقاضيها أو عن الكيفية التى يتم بها تحديدها، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠٠٠/٧/١٨ بالقول "بأن المحامى ملزم بإخبار عميله مسبقا عن شروط تحديد الأتعاب وكيفية ذلك"(١)، فالمحامى يقع عليه التزام بأن يوضح لعميله الطريقة التى سيتبعها لحساب الأتعاب وكذلك الكيفية التى يتم بها دفعها. ويشير الفقه فى التعليق على هذا الحكم(٢). أن الحكم أتى بمبدأ عام ينطبق على عميل المحامى وغيره من العملاء. وبخاصة أولئك الذين يحميهم قانون حماية المستهلك الفرنسى. ويعد التزام المحامى بإخبار عميله بالأتعاب من الوسائل التى تحمى العميل من الحرية التى يتمتع بها المحامى فى تقديره للأتعاب.

كذلك الطبيب ملزم بتنوير إرادة المريض حول نوع المرض وطبيعته، وكذلك بالنسبة لطريقة العلاج وما يتطلبه من نفقات وما قد يترتب عليه من آثار جانبية وإلى غير ذلك من الأمور الفنية التى يجهلها المريض.

أى أن الطبيب ملزم بتحديد العلاج المقترح ونوعيته بحيث يوضح للمريض - بشكل صريح ومفصل - نوع العمل الطبى المطلوب الذى يتفق مع حالته. وخاصة بالنسبة للحالات الحرجة كتلك التى تتطلب عمليات جراحية باستئصال جزء من الجسم كليا أو جزئيا أو زرع عضو جديد فى

(1) Cass – Civ. 18-7-2000, D, 2000, IR, 247. "l'avocat est tenu d'informer préalablement son client des conditions de Fixation de sa rémunération.
(2) MESTRE (J.), note sous l'arrét precit, Rev. Tr. Dr. Civ., 2000, P. 828, N° 3.

جسمه. ولا يكتفى من الطبيب مجرد إخبار المريض بنوع العلاج المقترح بل يتعين أن يحصل منه على رضائه بالقيام بهذا العلاج. وبطبيعة الحال لن يتمكن المريض من اتخاذ قراره، إلا إذا كان على بينة كاملة من حقيقة مرضه وما يحتاجه من علاج. ولا يجوز للطبيب التدخل بعمل علاجى (وخاصة الجراحى) إلا بعد الحصول على الرضاء المسبق من المريض، اللهم إلا إذا كان فى حالة استعجال والمريض فى حالة لا تسمح له باتخاذ قرار[١]. ولا شك فى أن تقدير توافر حالة الاستعجال من عدمها تخضع لسلطة الطبيب المعالج وإن كانت سلطته هذه تخضع لرقابة محكمة الموضوع[٢].

بالإضافة إلى التزام الطبيب بتنوير إرادة المريض حول نوع العلاج المطلوب فإنه يلزم ببيان الآثار الجانبية التى قد تترتب بسبب العلاج. ويحتل هذا الالتزام مكانة مهمة فى عمليات علاجية ظهرت حديثة نسبيا، وهى عمليات زرع الأعضاء ونقلها من إنسان إلى آخر يتوقف شفاؤه على هذا العضو. وأيا كان الرأى حول مشروعية هذه العمليات

---

(١) فهنا يجوز له التدخل بالعلاج ما دام الهدف منه تحقيق مصلحة المريض، وإن كان يمكن القول هنا بضرورة حصول الطبيب على موافقة أقارب المريض قبل التدخل العلاجى إذا وجد أحدهم فى الوقت والمكان المطلوب فيهما التدخل بالعلاج، أما إذا تعذر ذلك فلا ضير عليه من التدخل بدون إذن المريض، فإذا فرض أن الأخير كان فى حجرة العمليات لإجراء عملية الزائدة وبعد فتح الطبيب بطن مريضه وجد ورما فى أمعائه ففضل استئصاله فى نفس الوقت الذى تستأصل فيه الزائدة فنرى أن الوقت والظروف المحيطة لا يسعفان الطبيب فى أخذ رأى المريض بشأن استئصال هذا الورم الذى لم يكن موضع اتفاق بينهما.

(1) Cass – Civ – 27-10-1953. D. 1953. P. 659.

ويرى الفقه فى هذا الصدد أيضا بأن مسؤولية المستشفى لا تقوم فى حالة عدم إخبارها المريض، وذلك إذا كانت حالته تستدعى التدخل العاجل.

Victor Haim. De l'information du Patient a l'indemnisation de la victime par ricochet. D. 1977. ch. P. 125.

وقانونيتها، فإن الطبيب ملزم بأن يوضح للمريض جميع الآثار الجانبية التى تترتب من جراء زرع عضو غريب فى جسمه، إذ من المعروف أن غالبية عمليات النقل تستلزم من المريض أن يصبح مجبرا بعد عملية الزرع على تناول أدوية تقليل المناعة الطبيعية (سيكلوسبورين والآسيوران، الكورتيزون) ولا يمكنه الاستغناء عنها طوال حياته لمقاومة طرد الجسم للعضو الغريب الذى تمت زراعته فيه. وتسبب هذه الأدوية مضاعفات خطيرة على جميع أجهزة الجسم(١).

فالطبيب وهو بصدد أجراء عملية زرع عضو فى جسم المريض ملزم ببيان جميع الآثار والمخاطر التى تنشأ عن هذه العملية لكى يتمكن المريض من اتخاذ قراره بالموافقة على إجراء العملية أم لا(٢).

وقس على ذلك أى مهنى آخر، فالمهندس المعمارى ملزم بأن يوضح لصاحب العمل نوع العمل الفنى المطلوب وكذلك بيان المخاطر والعيوب التى تحيق به - ويشكل الالتزام بالنصيحة والمشورة التزاما رئيسيا يقع على عاتق المهندس حتى وإن لم يرد النص عليه فى عقد المقاولة. إذ أن أساسه ينبع من أصول المهنة التى يمارسها ومن مقتضيات

---

(١) ذكر ذلك فى مجلة منبر الإسلام السنة ٥١، العدد ١٨، ص ٨٥، شعبان ١٤١٢هـ، فبراير ١٩٩٣م، تحت عنوان "تحذير شامل من عمليات نقل الأعضاء" للدكتور عبد الرحمن العدوى.

(٢) وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بالتعويض على المستشفى بسبب عدم إخبارها الوالدين بأن الحمل غير طبيعى مما حملهما على الاعتقاد بأن الطفل لم يكن حاملا لفيروس وأن الحمل كان يمكن أن يتم بشكل طبيعى.

Cons – D'état, 14-2-1997, req. No. 133238, J.C.P., 1997, J, No. 2828.

وفى التعليق على هذا الحكم قيل بأن مسؤولية المستشفى هناك قامت على أساس الأخطاء المرتكبة من أجهزة التشخيص والأجنة وأيضا على أساس تقصير المستشفى فى التزامها بإخبار الوالدين وإعلامهما بحقيقة التشخيص.

Jacques Moreau, note sous l'arret précité, P. 194.

الثقة وحسن النية اللذين يحيطانه أثناء تنفيذ الالتزامات الأخرى الناشئة عن العقد، مثل تقديم الرسوم الهندسية والإشراف على التنفيذ[١].

بل إن الالتزام بالنصيحة بالنسبة للمهندس يتحول - فى كثير من الحالات - إلى التزام بالتحذير أو لفت نظر رب العمل إلى النتائج الضارة التى ستترتب على القيام بعمل معين أو الامتناع عنه. وخاصة فيما يتعلق بالتخطيط المقترح للبناء وما هو مرسوم له من أساسات ومقدر له من حديد وأسمنت وخلافه. فالمهندس الإنشائى- بما توافر لديه من خبرة فنية ومعلومات مهنية - ملزم باتخاذ موقف إيجابى فى شأن تحذير رب العمل عن المخاطر التى تترتب على ضعف الأساسات أو قلة كمية الحديد أو عدم تناسب الأدوار المراد بناؤها مع الأساسات المرسومة. ولا يكتفى منه باتخاذ موقف سلبى حيادى بالابتعاد عن تنفيذ المشروع بل إنه مطالب

---

(١) انظر عكس ذلك: د. سهير منتصر: الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص ١٨٠. حيث ترى: "أن الالتزام بالتبصير بالنسبة للمهندس المعمارى - التزام تبعى لا يدخل أصلا ضمن التزامات عقد المهندس المعمارى أو مقاول الإنشاء، فالالتزامات التقليدية الناشئة عن هذه العقود هى تلك المعروفة تقليديا والتى تدور حول تقديم الرسومات والإشراف على التنفيذ وتنفيذ البناء والحق فى المقابل النقدى وليس من بينها الالتزام بالتبصير".

وفى الحقيقة، أن النظر إلى الالتزام بالمشورة الملقى على عاتق المهنى على أنه التزام تبعى أو ثانوى نظرة قديمة. التزمها القضاء فترة طويلة، حيث كان يرى أن هذا الالتزام ينتج بطريقة ضمنية عن الاتفاق بين المهنى والعميل وكان مقصد القضاء من ذلك محاولة إرجاع هذا الاتفاق إلى رابطة من الروابط المعروفة فى القانون الخاص وبتعبير آخر، محاولة إعطاء وصف للاتفاق ليصبح عقدا مسمى. ولكن هذه المحاولة من جانب القضاء فشلت مع مرور الزمن واستطاع الفقه أن يعلن عن وجود التزام حقيقى أصيل بالنصيحة وباعتباره التزاما مهنيا لا يختلف فى أهميته عن باقى الالتزامات الأخرى الملقاة على عاتق المهنى سواء منها ما ورد النص عليه فى العقد أو تلك التى لم يشر إليها. ..

PH. Le Tourneau, les professionnels – ont – ils coeur, D, 1990, ch. P. 21.

باتخاذ موقف إيجابى يتمثل فى تقديم النصيحة والمشــورة إلــى رب العمــل ومحاولة إثنائــه عن عمل معين وحثه على التعديل فى تصميمـــات المبنـــى بشكل يؤدى إلى تجنب المخاطر، ويلاحظ أن الالتزام بالإعلام قد يقوم بيـــن مهندسين يتوليان عملية واحدة أو بين مهندس استشارى ومقاول(١).

وتختلف أهمية وخطورة الالتــزام قبل التعـــاقدى بتبصــير العميــل وتنوير إرادته بحسب شخصية هذا الأخير. فبعض العمـــلاء بحاجــة إلــى النصـــح والإرشاد بقدر أكبر من الآخر. بحيث يمكن القــول بــأن ضعــف العميل أو جهله يلزم المهنى بالتوضيح له وتنويره بقدر أوسع عما لــو كــان العميل مثقفا، ويتسع الفرق لو كـــانت ثقافتــه وتخصصـــه مـــن ذات ثقافــة وتخصص المهنى. فنطاق الالتزام بالمشورة يتحدد طبقا لخـــبرة العميــل أو عدم خبرته وعمره وجنسه ودرجته العلمية، فلا تتساوى أهمية التزام المـــهنى بالنصح والتبصير فى مواجهة شخص أمى لم يتلق نصيبا من التعليم بشـــكل عام أو من التعليم الفنى بوجه خاص مع أهميته تجاه شخص توافر لـــه حـــظ من هذا التعليم أو ذلك، فلا يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمـــون بصـــدد نطاق هذا الالتزام، بل لا يتساوى الذين يعلمون فيما بينهم، فكل على حســـب درجة علمه. ونرى أن العقد بين المهنى والعميل من العقود الخاصـــة التـــى يتطلب تنفيذها مراعاة مبدأ حسن النية بالمعنى الضيق وخاصة مـــن جـــانب المهنى بحيث ينطبق هنا ما قلناه هناك من أن مجرد السكوت من جانبه عـــن إعلام العميل وإخباره بأية بيانات أو معلومات متعلقة بالعقد المـــراد إبرامـــه بينهما يعد تدليسا من المهنى يعطى الحق بعد ذلك للعميل فى المطالبـــة بمـــا يراه محققا المصلحة. وقد يتمثل ذلك فى طلب إبطال العقـــد، فضـــلا عـــن المطالبة بالفسخ بجانب التعويض عن جميع الأضرار التى أصابتـــه. فمبـــدأ حسن النية هنا يفرض على المهنى التزاما إيجابيا بـــالصدق والأمانـــة مـــع

---

(1) Philipe (REMY). obs – in. Rev – Tr – Dr – Civ 1984, P. 523, No. 2.

عميله[١]، كما يفرض عليه التعاون معه بإحاطته بجميع تفصيلات العقد المراد إبرامه، وبذلك يحل هذا الالتزام الإيجابى محل الموقف السلبى المتمثل فى عدم الغش أو الخداع أو التضليل[٢]. ويرى الفقه أن التزام المهنى قبل التعاقدى بتنوير رضاء العميل وتبصير إرادته والذى يستند إلى مبدأ حسن النية عند إبرام العقد من شأنه أن يوجد أساسا قانونيا للمسئولية التى تنشأ عن الإخلال بالواجبات الأخلاقية مثل الصدق والأمانة والإخلاص والثقة العقدية[٣].

ويلاحظ أن المهنى فى التزامه بالإدلاء بالبيانات قبل التعاقدية لتنوير إرادة العميل ملزم بتحقيق نتيجة فى تنفيذ هذا الالتزام بصرف النظر عن المسلك الذى سيسلكه العميل بعد ذلك، أى سواء استمع إلى نصيحته واتبع مشورته أم لا، فيكفى أن يبذل نصيحته إلى العميل طبقا لمعيار الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه بالتبصير لينجو من أى لوم أو اتهام بالتقصير أو الإهمال.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكم حديث لها إلى أن المهنى - الطبيب - هو الملزم بإثبات أدائه للالتزام بالإدلاء بالبيانات إلى عميله من خلال إقامة الدليل عى إخباره بجميع المعلومات والبيانات التى تساعد على اتخاذ قراره، وبتعبير آخر، إن المهنى ملزم بإثبات أدائه للالتزام بالنصيحة والإعلام[٤]، مما يؤكد على أن التزام المهنى بالنصيحة أو

---

(1) Boyer, L`obligation. Op. Cit., P. 28. P. 15. RIPERT. la ragle morale dans les obligations civiles 1949, No. 40.

(2) BENABENT: la chance et le droit. Paris, 1973, L.G.D.J., No. 90.

(3) MAGNIN: Reflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la Formation des acts Juridique. J.C.P., 1976, 1. 2780. No. 41.

(٤) وكان موضوع الدعوى هو التزام الطبيب بإخبار مريضه أو إعلامه وفيه قالت المحكمة:
"Le medecin est tenu d`une obligation particuliere d`information vis – a – vis de son patient et il lui incombe prouver qu`il a execute cette obligation"
وجاء فى التعليق على هذا الحكم أنه يمثل ارتدادا إلى قضاء قديم منذ أكثر من نصف قرن وغير معترف به من جانب محكمة النقض منذ سنة ١٩٥١ وإن هذا الرجوع إلى =

المشـــورة لعميله هو التزام بتحقيق نتيجة وذلك بالنســـبة للمرحلـــة الأولـــى، وهى مرحلة أداء النصيحة[1] إذ أننا أمام هذا الالتزام يمكن أن نفـــرق بيـــن مرحلتين:

الأولى: وتتعلق ببذل النصيحة وإعطائها للعميل، أى بالعمل المـــادى المتمثل فى نصـــح المهنى لعميله، فهنا يقع عليه التزام بالقيام بعمـــل محـــدد وهو النصح، أى يلتزم بتحقيق نتيجة تتمثل فى هذا الفعل المـــادى الصـــادر على شكل الاستشارة.

الثانية: المتعلقة بتنفيذ النصيحـــة أو المشورة مـــن جـــانب العميـــل، فهنا لا يقع على المهنى أى التزام. إذ أن العميل غير مجـــبر مـــن الناحيـــة النظرية على اتباع النصيحة وله إمكانية مخالفتها أو عدم العمل بـــها وليـــس للمهنى أى علاقة أو سيطرة على سلوك العميل، وبذلك لا يوجد عليـــه هنـــا التزام بوسيلة ولا التزام بنتيجة.

= الوراء قد يمثل تقدما من الناحية القانونية. كما أنه يمثل تقوية لجانب المريض فى مواجهة الطبيب وإن نقـــل عبء الإثبات وإلقاءه على عاتق الطبيب يتفق مع التطور الذى نلاحظـــه الآن لصالح الالتزام بالإخبار.

Louis Dubois, Note sous cass – civ. 1ème 25-2-1997. In Rev. Tr – Dr – San – Soci – 1997, P.P.-288 – 292.

[1] إذ مـــن المعلوم أن العنصر المهـــم الذى يحكم تقسيم الالتزام إلـــى التزام بنتيجـــة وآخـــر بوسيلة هو عبء الإثبات، إذ عندما يتحدد مضمون التزام المدين بتحقيـــق نتيجة فهنا يكتفـــى مـــن الدائن بالالتزام بإثبات واقعة محددة وهـــى عدم تحقق النتيجة المرجـــوة إمـــا كليـــا أو جزئيا، ثم يجئ دور المدين فى إثبات تنفيـــذه للالتزام بالتدليل على النتيجة التـــى حققـــها أو إثبات القوة القاهرة التى منعته من التنفيذ. وعلى العكس، عندما يتحدد التزام المديـــن بأنـــه بوسيلة. فيفترض أنه قد بذل كل ما فى وسعه من العناية والحرص للحصول علـــى النتيجـــة المنتظرة ويتحول الإثـــبات فى هذه الحالة إلى الدائن الذى يشكو تقصير مدينه، إذ عليـــه أن يقيم الدليل على قصوره فى هذه العناية أو سلوكه الخاطئ الذى كان وراء الضرر الذى لحقه.

Frossard. La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat. these. lyon 1965, P. 10.

ويلاحظ أن الحكم السابق إذا كان يتحدث عن التزام عقدى بالإخبار، فلا مانع من الاستشهاد به فى مجال ذات الالتزام، ولكن فى المرحلة السابقة على التعاقد حيث اختلاف الفقه حول طبيعة الالتزامات فى هذه المرحلة وكذلك نوع المسئولية التى تقع فى حالة عدم أدائها، فسواء اعتبرنا الالتزامات فى هذه المرحلة وكذلك نوع المسئولية عقدية أم اعتبرناها تقصيرية، فإن تقسيم الالتزامات إلى التزام بنتيجة وآخر بوسيلة يوجد فى النوعين من المسئولية. ففكرة تقسيم الالتزامات من حيث مضمونها يمكن أن نجد لها تطبيقات على الأرض العقدية كما على الأرض التقصيرية. فكما أن أطراف العقد لهم الحرية فى تحديد مضمون التزاماتهم وحقوقهم، فإن القانون كذلك يمكن أن يفرض التزامات بنتيجة وعلى أفراد معينين كما يمكنه فرض التزام على الكافة بمراعاة جانب الحيطة والحرص فى تصرفاتهم[1].

وقد عززت محكمة النقض الفرنسية من موقفها من هذا الحكم بحكم آخر صدر بشأن محام، طالبه عميله بالتعويض عن الأضرار التى لحقته من جراء عدم تنفيذه لالتزامه بالإخبار. وقد ألقت المحكمة على المحامى عبء إثبات أداء هذا الالتزام أو إقامة الدليل على الظروف التى منعته من ذلك[2].

وجاء فى التعليق على هذا الحكم: "إن المحامى ملزم بأداء مهمته التى كلف بها أو قبلها على نحو سليم وكامل وهو يسأل عن الخطأ أو القصور فى تنفيذ هذه المهمة"[3].

(1) THOMAS: La distinction de obligations de moyens et des obligations de resultat, Rev. Crit. 1937, P. 637.

(2) Cass – Civ – 29 Avr – 1997, J.C.P., 1997, J, n° 22948, "l'avocat est tenu d'une obligation particuliére d'information et de conseil envers son client, en mettant a sa charge la preuve de l'exécution de cette obligation …"

(3) MARTIN (R.) not sous cass. Civ. Precité.

وتنتهز محكمة النقض الفرنسية الفرصة تلو الأخرى لتأكيد الالتزام بالإعلام والتبصير الملقى على عاتق المهنى، وتوسيع نطاقه، وقد يأتى ذلك من خلال التركيز – باستمرار – على زيادة الالتزامات التى يعد المهنى ملزما بصددها بتحقيق نتيجة ولا تنتفى مسئوليته إلا إذا أثبت أداءه للالتزام بأن تحققت نتيجته، أو يقيم الدليل على القوة القاهرة أو السبب الأجنبى الذى منعه من التنفيذ أو أعاقه، وهو ما فعلته محكمة النقض بشأن مسئولية المهنى عن الأدوات التى قد يستعملها فى أداء التزاماته العقدية، إذ اعتبرته مسئولا عن ضمان سلامة عميله بصدد هذه الأدوات، كما أوجبت عليه ضرورة إعلام العميل وتبصيره بشأن ما يستخدمه من آلات مادية، وما قد تحدثه من أضرار له، وإذا قام بهذا التبصير وقبل العميل – مع ذلك – الاستمرار فى إبرام العقد معه، يكون العميل قد قبل مخاطر هذه الأشياء، وإن لم يفعل المهنى ذلك، كان ملزما فى مواجهة العميل بضمان سلامة الأدوات التى يستعملها، وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.

وفى حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية[1] وسعت فيه من نطاق الالتزام بنتيجة وأكدت على أن العقد المبرم بين المريض والطبيب يلقى على عاتق الأخير التزاما بضمان السلامة فيما يتعلق بالأدوات التى يستعملها من أجل تنفيذ العمل الطبى المتعلق بالكشف أو العلاج، والمطلوب من المريض الإشارة إلى أصل الضرر الذى أصابه، ومعنى هذه العبارة الأخيرة، أن عبء الإثبات يلقى على عاتق الطبيب، إذ يكتفى من المريض الادعاء بوجود الضرر الناتج عن استعمال هذه الأشياء ليتعين – بعد ذلك – على الطبيب نفى وجود الضرر، أو عزوه إلى السبب الأجنبى أو

(1) Cass. Civ., 1ere 9-11-1999, D, 2000, J, Comm. P. 117: "S'il est exact que le contrat formé entre le patient et son médecin met a la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de resultat en ce qui concerne les matriels qu'il utilise pour l'exécution d'une acte médical d'investigation au de soins, encore faut il que le patient demontre qu'ils sont a l'origine de son dommage".

القوة القاهرة التى منعته من تنفيذ التزامه بتحقيق النتيجة، وهى ضمان سلامة الأدوات المستعملة٠

ويأتى هذا الحكم تدعيما لفكرة المسئولية العقدية عن الأشياء التى يستخدمها المتعاقد فى تنفيذ التزاماته العقدية، وذلك، بخلاف المسئولية الموضوعية عن الأشياء التى قررها المشرع المصرى فى المادة ١٧٦ مدنى وما بعدها٠ ومعلوم الفرق بين النوعين من المسئولية، إذ يتعين إثبات عناصر المسئولية العقدية عن الأشياء، من خطأ وضرر وعلاقة سببية، بينما يكتفى فى المسئولية الموضوعية عن هذه الأشياء - التى يفترض قيامها فى حالات عدم وجود عقد - بإثبات الضرر ليفترض الخطأ٠

كما يأتى هذا الحكم إحياء للأحكام الصادرة عن المحكمة ذاتها فى الاتجاه نحو المسئولية العقدية بشأن مسئولية المؤسسة التعليمية عن الأشياء المستخدمة فى تنفيذ العقد، وقد كانت البداية فى حكمها فى ١٩٩٥/١/١٧ بشأن مسئولية المؤسسة التعليمية عن الأضرار التى تلحق بالتلاميذ المتعاقدين معها بسبب الأشياء التى تستعملها المؤسسة فى تنفيذ التزاماتها العقدية(١)، فالسبب الذى قام عليه الحكم هنا هو ذاته الذى أسس عليه الحكم هناك٠

ويشير الفقه الفرنسى(٢) فى التعليق على الحكم بأنه محاولة جديدة من جانب المحكمة للتوسع فى نطاق الالتزام بنتيجة الملقى على عاتق المهنى، وللتضييق - فى الوقت ذاته - من مجال الالتزام بوسيلة، وبخاصة فى نطاق المسئولية الطبية٠

---

(1) Cass. Civ. 1ere, 17-1-1995, D, 1995, Jur. P. 350, “Contractuellement tenu d`assurer la sécurité des éleves qui lui sont confies, un etablissement d`enseignement est responsable des dommages qui leur sont causés non seulement par sa faute mais encore par le fait des choses qu`il met en ouevre pour l`exécution de son obligation contractuelle”.

(2) Patrice Jourdain “note sous l`arret Cass – Civ – 9 – 11 – 2000, D, 2000. P. 117.

وقد يفهم من أحد أحكام محكمة النقض الفرنسية مخالفتها للاتجاه العام نحو إلقاء عبء إثبات أداء الالتزام بالإخبار على عاتق المهنى، عندما قضت بأن إثبات أداء الالتزام بالإخبار يمكن أن يتم على شكل رد موجز يرسله المهنى إلى الشخص الراغب فى التعاقد، وقد كان الأمر متعلقا بعقد تأمين جماعى أبرمته مؤسسة للإقراض لصالح المقترضين منها. وذلك لضمان مجموعة من الأخطار المحددة والتى أعلمتهم بها على وجه التحديد عن طريق الرد الموجز الذى أرسلته هذه المؤسسة إلى المقترضين، وعلى ذلك فإن طالب التأمين (المؤسسة) ليس ملزما باستشارة هؤلاء عند الرغبة فى إبرام تأمين تكميلى، وبخاصة إذا كان الضمان المأمول ذات طابع مقيد"[١].

وقد جاء فى التعليق على هذا الحكم[٢] أن هذا الرد الموجز يكفى للإشارة إلى تنفيذ الالتزام بالإخبار فى مواجهة الطرف المذعن سواء من حيث الموضوع أو الشكل، وقد حاول الفقه تبرير هذا الحكم[٣]. بأنه قد صدر بشأن التأمين الجماعى الذى تحكمه نظم خاصة من الصعب وجودها فى غير هذا المجال[٤]. ولذلك، يمكن اعتبار هذا الحكم من النوع الخاص، وليس ذا طابع عام ولا يشكل ارتدادا من المحكمة عن خطتها فى إلزام المهنى بإثبات أداء الالتزام بالنصيحة.

---

(1) Cass – Civ – 1ère, 1-12-1998, D, 2000, N0 19, P. 404. “S`agissant d`une assurance de group souscrite par un etablissement de credit en vue de garantir, ses emprunteurs contre des resques déterminés don’t ils ont eté informés avec precision par la remise de la notice le souscripteur n`est pas tenu de leur conseiller de contracter une assurance complementair notamment si la garantie presente un caractére restrictif”.

(2) Note de stephene CHOISEZ sous l`arret preced.

(3) CHOISEZ, note precéd.

(٤) ومن هذه الأحكام، ما نصت عليه المادة ٤/١٤٠ من قانون التأمين من إلزام طالب التأمين الجماعى بإرسال ملاحظة إلى المؤمن له يعرفه فيها بالأخطار المضمونة والإجراءات التى يتعين اتخاذها عند وقوع الخطر".

الفصل الثانى

المسؤولية الناشئة

فى المرحلة السابقة على التعاقد

يعتبر تقرير حق الدائن الذى أصابه ضرر نتيجة إخلال المدين بالتزاماته فى المرحلة السابقة على التعاقد فى التعويض من الجزاءات المهمة التى يجب تحديد قواعدها.

ولكن تقرير المسئولية الناشئة فى المرحلة السابقة على التعاقد يثير البحث فى أمور مهمة أولها، فى الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، وهل هى عقدية أم تقصيرية، ويخص ثانيها شروط قيامها وأخيرا دعوى التعويض التى يرفعها الدائن.

وعلى ذلك يتضمن هذا الفصل مبحثين:

المبحث الأول: طبيعة المسئولية وعناصرها.

المبحث الثاني: دعوى التعويض.

المبحث الأول

طبيعة المسؤولية وعناصرها

المطلب الأول

طبيعة المسؤولية

ثار خلاف كبير بين الفقه بمختلف مذاهبه ومشاربه حول طبيعة المسؤولية التى تنشأ عن الإخلال بأى التزام فى مرحلة التفاوض لإبرام العقد. ولقد حظيت هذه المسؤولية قبل التعاقدية باهتمام بالغ منذ السبعينات فى فرنسا وبلجيكا وألمانيا وسويسرا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية ولم يفقد هذا الموضوع حيويته بعد، والدليل على ذلك أعمال الندوة التى نظمتها منذ فترة زمنية قصيرة غرفة التجارة الدولية حول موضوع إبرام العقد والمسؤولية قبل التعاقدية[1].

حيث ذهب الرأى الأول إلى أنها مسؤولية عقدية، وقد كان أهرنج صاحب هذا الرأى بالتأسيس على نظرية "الخطأ عند تكوين العقد". ويرى أن الخطأ فى مرحلة التفاوض هو خطأ عقدى يؤدى إلى تطبيق أحكام المسئولية العقدية وقواعدها على مرتكبه سواء أترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلانه. ويرى أهرنج أن الخطأ العقدى على الرغم من بطلان العقد أو عدم انعقاده يرتب حقا فى المطالبة بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية. ويفترض أهرنج وجود عقد ضمان يقترن بكل محاولة لإبرام عقد بمقتضاه يتعهد كل طرف فى هذه المحاولة بألا يأتى من جانبه ما يؤدى إلى إعاقة التعاقد أو بطلان العقد. ويستند عقد الضمان هنا إلى رضاء ضمنى

---

(١) انظر فى ذلك د. أمية حسن علوان: فى تقريره المقدم إلى مؤتمر معهد قانون الأعمال الدولى بكلية حقوق القاهرة، من ٢ - ٣ يناير ١٩٩٣، بعنوان: "ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات فى العقود التجارية الدولية".

متبادل بين الطرفين المقدمين على التعاقد[١] وبذلك، فإن عـدم إبـرام العقـد وبطلانه يعد إخلالا من جانب المتسبب فـي ذلـك لـهذا العقـد الضمنـي بالضمان[٢]. وقد انتهـى قضاء المحكمة العليا فـي ألمانيـا إلـى تأسـيس المسؤولية فى المرحلة السابقة على التعاقد على علاقة قانونية أساسها الثقـة والأمانة المتبادلة. وتنشأ هذه العلاقة بالدخول فى المفاوضات قبل التعاقديـة وتلزم أطرافها بمراعاة واجب العناية والحرص فى سلوك كل منـهما تجـاه الآخر، ولقد فرض القضاء الألمانى على الأطراف واجب التفـاوض بحسـن نية ومراعاة الدقة والإنصاف،ورتب مسؤولية الطرف الذى يقطع المفاوضـات بدون سبب معقول. كما ألزمت المحاكم الطرف الـذى تسـبب عمـدا أو بإهمال فى إيهام الطرف الآخر بأن العقد فى سبيل إبرامه رغم أنه كان يعلـم أو كان من المفروض أن يعلم استحالة هذا الإبرام، بالتعويض[٣].

بينما ذهب الاتجاه الثانى إلى أن المسؤولية الناشـئة عـن الإخـلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات قبل التعاقدية هى مسؤولية تقصيرية تقـوم بحكـم القانون وليس على أساس التصرف البـاطل. بمعنـى أن القـانون يجعـل المسؤولية عن الخطأ فى مرحلة التفاوض تقوم على تحمل التبعـة أو بصفـة

---

[١] انظر فى عرض هذا الرأى د. نزيه المهدى: الالتزام بالإدلاء بالبيانـات قبـل التعـاقدى، المرجع السابق، ص ٣٠٢. د. محمود جمال الدين زكى: مشـكلات المسـؤولية المدنيـة، ١٩٧٨، ص ١١٨، رقم ٢٨.

[٢] وقد وجهت إلى هذه النظرية انتقادات عدة، أهمها، أنها تجعل الالتزام بالتعويض محل تعـهد ثانوى يقترن بالتصرف الباطل ويبقى رغم بطلانه وبذلك فهى تفترض وجود تعهد بالصحـة فى جميع العقود، وهذا مما يتعذر قبوله بدون دليل وحتى ولو سلمنا بوجود هذا التعهد فـإن بطلان التصرف الأصلى سيؤدى - بلا شك - إلى بطلانه فينعدم بذلك أساس القول بـأن المسؤولية هنا مسؤولية عقدية.

[٣] د. أمية علوان: فى تقريره المقدم إلى مؤتمر معهد قانون الأعمال الدولـي بكليـة حقـوق القاهرة المنعقد من ٢ - ٣ يناير ١٩٩٣ بعنوان: "ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقديـة عن قطع المفاوضات فى العقود التجارية الدولية".

عامة عن التقصير فى تنفيذ الالتزام[١] هذه المسؤولية تستوجب التعويض كأثر ناتج عن العقد الباطل ولكن بوصفه واقعة مادية وليس باعتباره عقدا. ومن ثم، يجب إثبات جميع عناصر المسؤولية التقصيرية (دعوى التعويض). ويمكن القول بأن الرأى الغالب فى الفقه والقضاء قد تشيع لهذا الاتجاه[٢]. من خلال التأكيد على أن المفاوضات لا تقيد حرية الأطراف حيث يظل كل منهما محتفظا بحريته فى التعاقد، أو عدم التعاقد ولذلك، فإن المسؤولية التى تنشأ فى مرحلة التفاوض هى مسئولية تقصيرية أساسها الخطأ نتيجة الإخلال بواجب عام يفرض مراعاة حسن النية فى المرحلة السابقة على إبرام العقد.

الرأى فى المسؤولية :

إذا كان الأصل العام هو أن المسؤولية الناشئة فى المرحلة السابقة على التعاقد هى مسؤولية تقصيرية إلا أن هناك حالات استثنائية قد تكون فيها المسئولية عقدية وهى تلك الحالات التى يقطع فيها الطرفان مراحل جادة فى طريقهما إلى التعاقد بحيث يمكن اعتبار ما توصلوا إليه فى هذه المراحل بمثابة اتفاقات تمهيدية أولية سابقة على إبرام العقد الأصلى، ولذلك

---

(١) السنهورى: الوسيط، ج ١، ص ٦٧٨.

(٢) د. جميل الشرقاوى: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥، ص ٤٧٧ وما بعدها. د. عبد الودود يحي: الموجز فى النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤، ص ٢٣٢.

ومن أنصار المسؤولية التقصيرية د. عبد الفتاح عبد الباقى إذ يقول: "وإذا استبعدنا إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد التى تقوم على المسؤولية العقدية، فليس معنى ذلك أن المتعاقد، الذى يعزى إليه خطأ فى وقوع البطلان، يكون دائما بمنأى عن المسؤولية. فهذه المسؤولية قد تلحقه وفقا للقواعد العامة، لا على أساس العقد، وإنما على أساس العمل غير المشروع الذى ارتكبه". مصادر الالتزام فى قانون التجارة الكويتى، الجزء الأول، نظرية العقد، ص ٢٨٧.

فإن عدم تنفيذ أى التزام ورد فى هذه الاتفاقات التمهيدية يرتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية التى تقوم بشأن عدم التوصل إلى إبرام العقد النهائى. بحيث نكون أمام مرحلتين مختلفتين.

الأولى: وهى الشكوى من عدم تنفيذ الاتفاق المبدئى أو التمهيدى كما لو اتفق الطرفان على قيام أحدهما باختيار شخص ثالث لتحديد ثمن الشيء المبيع وعدم قيام ذلك الطرف بالاختيار قصدا منه إلى عدم إبرام العقد الأصلى فهنا المسؤولية عقدية ناتجة عن مخالفة اتفاق تمهيدى.

كما تكون ا لمسئولية ذات طبيعة عقدية عند مخالفة الاتفاق التمهيدى على التفاوض وهو الاتفاق الذى يلزم كل طرف بالتفاوض مع الطرف الآخر بغرض الوصول إلى إبرام العقد الأصلى، وهو اتفاق ملزم للجانبين إذ يلقى التزامات متبادلة بينهما، وهو وإن كان لا يلزم الطرفين بضرورة إبرام العقد النهائى، إلا أنه يلزمهما - كما قلنا - بالتفاوض على هذا العقد. ويختلف هذا الاتفاق عن كل من الوعد بالتعاقد أو الوعد بالتفضيل، فى أن هذين الوعدين يصدران فى الغالب عن طرف واحد ويلزمانه، فى خلال الفترة التى يتم الاتفاق عليها، كما أن الوعد بالتعاقد يستلزم الإشارة فيه إلى العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، فى حين أن الاتفاق التفاوضى لا يوجد فيه إلا التزام واحد وهو التشاور بين الطرفين بغرض الوصول إلى العقد النهائى[1].

وقد يتفق الطرفان بشكل مستقل على التفاوض، أى أن موضوع الاتفاق الوحيد هو التفاوض، وقد يرد اتفاق التفاوض كبند من بنود عقد قائم، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بالتفاوض مثلا حول تجديد العقد لمدة أخرى

---

(١) انظر فى ذلك: د. رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٣٠٩ وما بعدها.

أو بشأن التعديل فى بنود العقد بعد الاتفاق عليها، أو بعد أن اتضـــح بعـد تنفيذها وجود إخلال بالتوازن العقدى بين الطرفين، أو بشأن التسوية الوديـــة للمنازعات التى تثار أثناء تنفيذ العقد[١].

وأيا كانت الصورة التى يرد بها اتفاق التفاوض، فإن مخالفته تــؤدى إلى قيــام المسئولية العقدية بعناصرها الثلاثة، وذلك على أساس أنه الـــتزام قائم بذاته يرتب هذه المسئولية بصرف النظر عن الوصول إلى إبرام العقـــد النهائى من عدمه.

الثانية: وتتعلق بالشكوى من عدم إبرام العقد الأصلى أيا كان الســبب فى ذلك سواء أكان يرجع إلى فشل المفاوضات التمهيدية الموصلة إلى إبـــرام العقد أم كان يرجـــع إلى عدم تنفيذ أحد الطرفين لبعض الالتزامات الناتجـــة عن أية مرحلة من مراحل التفاوض، فهنا المسؤولية تقصيرية.

وقد تتوقف شكوى أحد الأطراف علـــى المرحلـــة الأولـــى بـــهدف الاستمرار فى مراحل التفاوض حتى الوصول إلى إبرام العقد الأصلى.

---

(١) د. رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص ٣١١.

المطلب الثانى

عناصر المسؤولية

الذى يعنينا هنا هو بيان عناصر المسؤولية بشكل عام فـــى مرحلـــة التفاوض من خطأ وضرر وعلاقة سببية[١].

أولا: الخطأ: قد يتمثل الخطأ فى جانب المتفاوض فى عـــدم تنفيـذه للالتزام على الوجه المعتاد المنتظر من الرجل العادى بأن ينحرف عن هـــذا المسلك بشكل يتعارض مع واجب حسن النية والثقة فى التعامل الـذى يمثـل إطارا عاما لتنفيذ أى التزام، وهذا ما يســميه الفقــه بالامتنــاع الخــاطئ أو التقصيرى[٢] ويعد الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات عنــد إبــرام العقـد نموذجا واضحا على هذا الامتناع، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسـية ذلـك بقولها بأن: "امتناع شخص عن الإدلاء بالبيانات التى تقـــع علـــى عاتقـــه بمقتضى التزام – اتفاقى أو قانونى أو حتى مهنى – يعتـــبر خطـــأ ويثـــير مسؤوليته التقصيرية طبقا للمادتين ١٣٨٢، ١٣٨٣ مدنى[٣].

والأصل – فى أحكام المسئولية التقصيرية – يقضى بتكليف الدائـــن بالالتزام – طالب التعويض – بعبء إثبات تقصيـــر المديـــن، أى بإقامـــة الدليل على أنه لم يبذل فى تنفيذ التزامه عناية الرجل المعتاد الموضوع فـــى

---

(١) إذ يوجد بجانب ذلك، حالات تقوم فيها المسئولية ويقع أثرها على العقد الذى أبـــرم، وذلـــك بسبب خطأ وقع فى المرحلة السابقة على التعاقد، لا يكون متعلقا بالتفاوض حول العقد، وإنما قد ينشأ بسبب وجود تدليس أو غش من جانب أحـــد الطرفين أثر على الطرف الآخر ودفعـــه إلى التعاقد، إذ يكون الجزاء هنا هو قابليه العقد للبطلان، بسبب يرجع إلى المرحلة الســـابقة على إبرامه، ويقاس على ذلك، الحالات الأخرى التى رأيناها فى الفصل الأول من الدراسة.

(2) L'abstention Fautive.

(3) Attendu qu la Faute prévue par les articles 1382, 1383 peut consister aussi bient dans une abstention que dans un acte positif, que l'abstention, meme non dictée par la malice et l'intention de niure – engage la responsbilité de son auteur … Cass. Civ., 27-2-1951, Gaz. Pal, 51, 1.230.

نفس ظروفه، وهذا المعيار "الرجل المعتاد" يطبق إذا كـان المديـن شـخصا عاديا. أما إذا كان المدين شخصا مهنيا أو حرفيا يتعاقد فى مجال مهنتـه – كالمحامى أو الطبيب أو البائع المحترف (كبائع السيارات المسـتعملة) فـإن المعيار يختلف ليصبح معيار الرجل المهنى الموضوع فـى نفـس ظـروف المدين. بل إن الفقه قد ذهب إلى التخفيف من عبء الإثبـات علـى الدائـن بالالتزام عن طريق القول بوجود قرينة افتراض علم المـهنى أو المحـترف بالبيانـات المطلوبة وبأثر تخلفها على رضاء المتعاقد. وتؤدى هذه القرينـة إلى اعتبـاره سيئ النية. وبذلك قد يصل الأمر إلى إعفاء المدين بـالالتزام من عبء إثبـات الخطأ التقصيرى المتمثل فـى عـدم إدلاء هـذا المـهنى بالبيانات قبل التعاقدية[١].

وقـد يظهر الانحراف عن المسلك المعتاد من المفاوض بـأن يقـدم على التفاوض بشأن أى عقد وهو ليس لديه النية على إبرامه، بمعنى أنـه لا يهدف إلى التعاقد بقدر ما يهدف إلى تحقيق أهداف أخرى قد يكون من بينـها الوقوف على المعلومات ومعرفة بعض البيانات التى كان يحتاجها فقط[٢].

---

(١) د. نزيه المهدى: الالتزام قبل التعاقدى، المرجع السابق، ص ٣١٨.

(٢) نقض مدنى مصرى فى ١٩٦٦/١/٢٧، مج أحكام النقض، س ١٧، ص ١٨٢، رقـم ٢٤، قالت المحكمة: "وحيث إن هذه المحكمة ترى التكييف الصحيح للوقائع حسبما سجلها الحكـم الابتدائى والحكم المطعون فيه هو اعتبار ما تم بين الطرفين لم يجاوز مرحلـة المفاوضـات على تكوين شركة بينهما وأن الطاعـن لم يكن جادا فى هذه المفاوضات ولم يكن أبدا يقصـد أن تبلغ غايتها من عقد الشركة مع المطعـون ضده بل إنه أوهم الأخير برغبته فى تكويـن هذه الشركة لمجرد الحصول منه على فكرة المشروع واستخدامه فى اختيار الآلات اللازمـة للمصنع لدرايته بذلك على أن تقوم بتنفيذ المشروع شركة يكونها الطاعن مع آخريـن ممـن يقبلون المساهمة معه فى رأس مال الشركة بنصيب كبير وهو ما تم له فعلا بتكوينه الشـركة مع الأستاذ الذى ساهم بحق النصف فى رأس المال وذلك بخلاف الطاعن الذى كان يريـد أن يشتـرك بعملـه فحسب، ومع ذلك يكون له الربع فى كل أموال الشركة والربع كذلك فـى =

كما قد يتمثل خطؤه فـــى دخوله المفاوضات بهدف إبرام العقـــد ثـــم يتبين له بعد ذلك وجود استحالة مادية أو قانونية تحول دون إبرام مثل هـــذا العقد ومع ذلك يستمر فى التفاوض مع علمه بعدم قدرته على إبرام العقـــد.

= أرباحها – ولما كان مسلك الطاعن على النحو المتقدم تجاه المفاوضات التى أجراها مـــع المطعون ضده وعدم إخطاره الأخير بقطع المفاوضات فى وقت مناسب يعتـــبر خطـــأ مـــن الطاعن، وقد ترتب على هذا الخطأ ضرر للمطعون ضده، يتمثل فيما تكبده من خسارة بسبب اضطراره لإهمال مباشرة محله التجارى فى المدة التى قضاها فى الخارج لاختيـــار الآلات اللازمة للمصنع اعتمادا على أن الطاعن جاد فى أن تصل المفاوضات إلى غايتـــها وكذلـــك الخسارة التى لحقت بالمطعون ضده من جراء حصول الطاعن منه علـــى فكـــرة المشـــروع والسبق فى تنفيذه وهذا إلى جانب الضرر الأدبى الذى أصاب المطعون ضـــده مـــن جـــراء إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به مما ينال من سمعته واعتباره فى الســـوق التجارى، لما كان ذلك، فإن الطاعن يلتزم بتعويض هذه الأضرار الناتجة عن خطئه وذلـــك عملا بالمادة ١٦٣ من القانون المدنى وتقدر المحكمة التعويض الجابر لجميع عناصر الضرر السالف بيانها بمبلغ إجمالى قدره ألفان من الجنيهات.

وحيث أن استناد المطعون ضده فى دعواه إلى الخطأ العقدى لا يمنع المحكمة الاستئنافية من أن تبنى حكمها بالتعويض على خطأ تقصيرى متى ثبت لها توفـــر هـــذا الخطـــأ، إذ أن استنادها إليه لا يعتبر منها تغييرا لسبب الدعوى مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها وإنمـــا هو استناد إلى وسيلة دفاع جديدة على ما جرى به قضاء هذه المحكمة.

(يراجع نقض ١٩٣٩/١/٥ فى الطعن رقم ٥٧ سنة ٨ ق).

كما قضت محكمة النقض بأن: "المفاوضة ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أى أثر قانونى فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة فى الوقت الذى يريد دون أن يتعرض لأيـــة مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عـــدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق به المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفـــاوض وعبء إثبات ذلك الخطأ، وهذا الضرر يقع على عاتق ذاك الطرف، ومن ثم، لا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره بـــل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ الـــلازم لقيام المسؤولية التقصيرية".

نقض مدنى فى ١٩٦٧/٢/٩، مج أحكام النقض، س ١٨، ص ٣٣٤، رقم ٥٢.

ويستوى فى ذلك أن تتوافر لديه نية الإضرار بمن يتفاوض معــه أو تنتفـى عنده فليس يلزم لاعتباره مخطئا توافر سوء النية لديه، بل إنه يعتــبر كذلـك حتى ولو كان حسن النية يرمى إلى تجميع معلومات أو بيانات بقــدر أكـبر، كما قد يتمثل الخطأ فى قيام أحد الأطراف بقطع المفاوضات عندما يتبين لــه أن المشروع (محل التفاوض) يحتوى على مخاطر جسيمة أو أنه ليـس مـن المتوقع أن يسفر عنه ربح ما أو قد تتولد عنه خسائر هائلة لــه. كمـا قـد يقطعها أحد الأطراف عندما يتبين له أن محادثات أخرى كان يجريـها منـذ البداية مع شخص آخر أوشكت أن تنتهى بشروط أفضل له.

كما يلاحظ أن وقــت قطع المفاوضات له أثره فــى مــدى اعتبـار الطرف الذى توقف عنها مخطئا أم لا، فإذا كان الطرفان قد قطعــا شـوطا طويلا فى المفاوضات ونشأ لدى كل منهما اعتقاد بقرب انتهائها والوصــول إلى إبرام العقد. ثم فجأة توقف أحدهما وبدون سبب أو تصرف صادر عـن الآخر يبرر هذا التوقــف. فلا شك فى أن يعد هنا مخطئا. وقد قضى فــى هذا الشأن بأن: "إذا كان الأساس فى المفاوضات السابقة علــى التعــاقد هـو حرية قطع هذه المفاوضات فى أية لحظة فإن ذلك لا يكون مقبولا إذا كــانت الأعمال التحضيرية قد أخذت وقتا طويلا وأنها كانت شديدة بدرجــة تبعـث على الاعتقاد – بشكل قانونى – لدى كل طرف فى المفاوضات بأن الآخــر جاد فى التعاقد، فإن قطع هذه المفاوضات بعد ذلك من جانب أحد الطرفيــن – وبسبب الخلاف حول بعض النفقات – يكون بلا شــك خاطئــا ويسـبب ضررا ويعطى للطرف الآخر الحق فى المطالبة بالتعويض"[1].

---

(١) وقد جاء فى التعليق على هذا الحكم أنه اعتمد على الوضع الظاهر وأسس عليه المسـؤولية وأن هذا الحكم شديد الخطورة لأنه توصل إلى إلزام الطرفين بالتعاقد عندما تصل المفاوضات بينهما إلى مرحلة معينة وإلا قامت مسؤولية المتسبب فى عدم التعاقد. =

ولا يتطلب الخطأ لقيام المسؤولية فى هذه المرحلة أيـــة مواصفـــات خاصة تخرج عما هو عليه الحال فى القواعد العامة للمسؤولية المدنية، فـــأى خطأ ولو كان يسيرا يعطى الحق للمضرور منه فى المطالبة بالتعويض.

ثانيا: يظهر الضرر كعنصر للمسؤولية فيما قد يتكبـــده مـــن نفقـــات انتقال أو إعداد للتفاوض من دراسات جدوى واستشارات قانونيـــة وعمليـــات حسابية، وقد يدخـــل فيها ما يتكبده لإعداد مكان التفاوض كمـــا قـــد يتمثـــل الضرر فى مقابل الوقت الذى أضاعه فى المفاوضات بدون جـــدوى، بـــل لا يقتصر الأمر علـــى الضرر المادى وإنما يشمل الضرر المعنوى والمتمثـــل

= MESTRE (J.) observation sous – Riom, 3 em 1 ch, 10-6-1992, Rev. Tr. Dr. Civ. 1993, P. 343.

كما قضت محكمة الاستئناف الكويتية بشىء قريب من ذلك حيـث قـررت أنـه: "لا بـد لتمام العقد من صدور إيجاب من أى من المتعاقدين يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخـر ومـن يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأى فى العادة على أن يصدر إيجابا باتـا إلا بعـد مفاوضات. والقانون لا يرتب فى الأصل على هذه المفاوضات أثرا قانونيا. فكل متفـاوض حـر فـى قطـع المفاوضة فى الوقت الذى يريد ولا مسؤولية على من عدل، بـل هـو لا يكلف بإثبات أنه عدل لسبب جدى وليست المفاوضة إلا عملا ماديـا لا يلزم أحدا. علـى أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه ولكـن المسؤولية ليست تعاقدية مبنية على العدول بل هى مسؤولية تقصيرية مبنيـة علـى الخطـأ والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذى أصابه ضرر من العدول.

إن التلكسات المتبادلة وإن أشارت إلى أسعار بعض المواد إلا أنها لـم تتضمـن بـاقى الشروط الجوهرية التى تكون محلا للدراسة بين الطرفين قبل إبرام العقد، مثل مـدة التنفيـذ وضمانات كل من الطرفين وموافقة صاحب العمل على تنفيذ المستأنفة الأعمال، الأمر الـذى يتأكد به أن ما دار بين الطرفين لم يخرج عن حيز المفاوضات.

محكمـة الاستئناف العليا، الدائرة التجارية الأولى، فى ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٩هـ، الموافـق ١٩٨٩/١/٣٠م، (منشور فى مركز تصنيف الأحكام القضائية، بكلية الحقوق تحـت رقم ١٣٧٤).

وفى المعنى نفسه جاء حكم محكمة الاستئناف العليا، الدائرة التجارية الثانية فى ١٧ مـن جمادى الآخرة ١٤٠٩هـ، الموافقة ١٩٨٩/١/٢٤ (منشور فى ذات المركز تحت رقم ٥٢).

فى التشهير به وإساءة سمعته[١] ولا شك فى أن عبء إثبات حجم الضرر ونطاقه يقع على عاتق الدائن بالالتزام. والضرر كما قد يكون إيجابيا يتمثل فيما سبق ذكره، قد يكون سلبيا يتمثل فيما فات الدائن بالالتزام من كسب، وقد يظهر الضرر فى أن المتعاقد كان سيتعاقد ولكن بشروط أكثر ملاءمة له كما قد يظهر فى فقدان الدائن لبعض التأمينات العينية والشخصية المقررة لمصلحة الشيء محل العقد نتيجة لعدم إدلاء المدين له بها[٢].

ولا تخرج أيضا مواصفات الضرر هنا عن تلك الموجودة فى القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وخاصة التقصيرية إذ لا يقتصر التعويض هنا عن الأضرار المباشرة والمتوقعة فقط بل يشمل كذلك الأضرار غير المتوقعة التى قد تصيب الدائن بالالتزام.

---

(١) وعلى حد تعبير محكمة النقض المصرية، يتمثل الضرر الأدبى "فيما أصاب المطعون ضده من جراء إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به مما ينال من سمعته واعتباره فى السوق التجارى ..."، حكم مشار إليه من قبل.

(٢) انظر: د. نزيه المهدى: المرجع السابق، ص ٣٢٠. وقد أشار إلى حكم لمحكمة برست، مضمونه أن شخصا أراد بناء منزل خاص به فأبرم عقد قرض مع مؤسسة ائتمان وإقراض، وتضمن هذا العقد شرطا بانضمام المقترض لوثيقة تأمين ضد مخاطر الوفاة أو العجز تضمن لهذا المقترض سداد أقساط القرض فى حالة وفاته أو عجزه، ولكن المؤمن بعد توقيع الكشف الطبى على المقترض، أبلغ المقرض برفضه ضمان هذه المخاطر، ومع ذلك فقد أخفى المقرض هذا الرفض عن المقترض وأبرم معه عقد القرض، وبعد مرور فترة من الزمن وعلى أثر عملية جراحية حدث عجز كامل للمقترض، ولما أراد الاستفادة من وثيقة التأمين فى سداد الأقساط فوجئ بعدم وجود تأمين. فرفع دعوى تعويض على المقرض عن الأضرار التى أصابته نتيجة عدم إخباره برفض المؤمن للتأمين. فحكمت المحكمة بحقه فى الحصول من المقرض على التعويض عن هذا الضرر المادى المحقق - المتمثل فى عدم قدرته على سداد الأقساط - والذى ترتب عن خطأ المقرض فى عدم الإضفاء له وقت إبرام العقد بعدم وجود وثيقة تأمين تغطى المخاطر الناشئة عن الوفاة أو العجز.

BREST, 5-11-1979, D, 1979, J, 295.
Schmidt, obs – in Rev – tr – Dr. civ 1976, P. 547, No. 1.

علاقة السببية :

قد يتبادر إلى الذهن أن رابطة السببية بين الخطأ المتمثل فـــى عـــدم الإدلاء بالبيانات فى المرحلة السابقة على التعاقد وبين ما أصاب الدائن مـــن ضرر نتيجة لذلك ليست علاقة مباشرة لوجود عامل ثالث متمثل فـــى الغلـــط الناتج عن هذا الإخلال، بمعنى أن عدم إبرام العقد أو بطلانه بعد الإبـــرام لا يرجع مباشرة إلى الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات وإنما يرجع إلى الغلـــط الذى وقع فيه المتعاقد الآخر والذى دفعه إلى التعاقد على نحو لم يكن ليرضاه لو علم بالبيانات كاملة أو بحقيقتها[١] ولكن الأمر فى الحقيقة غير ذلـــك، لأن الغلط الناشئ عن عدم الإدلاء بالبيانات ليس إلا عاملا نفسيا يكمن فى أعمـــاق الدائن بالالتزام لا يمنع من قيام علاقة السببية المباشرة بيـــن خطـــأ المديـــن والضرر الذى لحق بالدائن .

بالإضافة إلى ذلك، فإنه ليس من الـــلازم أن ينشـــأ عـــن الإخـــلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات غلط جوهرى دافع إلى التعاقد، بل إن عدم إقـــدام المتعاقد على التعاقد أو إقدامه على ذلك ولكن بشروط غـــير ملائمـــة كـــان سيتعاقد بشروط غيرها لو علم بالبيانات ليشكل ضررا ناتجا عـــن الإخـــلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات .

هـــذا فيما يتعلق بالحالة التى يبرم فيها الشخص العقد ثم يتضح لـــه بعد ذلك وجود بيانات ومعلومات كان يجهلها . أما فى الحالات التى لا يصـــل فيها الطرفان إلى إبرام العقد وإنما تتوقف العلاقة بينهما عند مرحلة التفـــاوض بسبب يرجع إلى أحدهما فإن مـــن اللازم توافـــر جميـــع عنـــاصر دعـــوى التعويض من خطأ وضرر وعلاقـــة سببية مباشرة، وهذا العنصـــر الأخـــير يعتبر متوافرا إذا ثبت أن الضرر الناتـــج قد جـــاء نتيجـــة ارتبـــاط الفعـــل

---

[١] د. نزيه المهدى: المرجع السابق، ص ٣٢٠.

بالسبـــب، ولذلك فإن القول بتوافر وصف المباشر فى الضـــرر يعنـــى فـــى الوقت ذاته قيام علاقة السببية[١].

---

(١) قريب من ذلك: د. سعد واصف فى قوله: "إن الرأى عندنا أن اعتبار رابطة السببية ركنا من أركان المسؤولية هو نوع تحليل وتفصيل. وكان يمكن عدم اعتبارها ركنا مستقلا باعتبار أن السببية وصف بالخطأ الموصوف بأنه المسبب للضرر ...". فى التأمين من المسؤولية فـــى عقد النقل، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة ١٩٥٨، ص ٩٩.

المبحث الثانى

دعوى التعويض

التعويض هو الأثر المترتب على قيام المسؤولية ويتمثل فى جبر ما لحق المضرور من أضرار٠ ويتم الحصول على التعويض فى حالة المسؤولية قبل التعاقدية من خلال دعوى عادية طرفاها المضرور والمتسبب فى الضرر٠ ويلاحظ هنا أنه: "إذا كان التنفيذ العينى هو الأصل فى المسؤولية العقدية فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ – وهو يقتضى إعادة الحال إلى ما كانت عليه، كهدم حائط بنى بغير حق – إلا منزلة الاستثناء فى نطاق المسؤولية التقصيرية٠ والأصل فى التعويض أن يكون مبلغا من المال"[1].

وعلى ذلك، فإن التعويض عن الأضرار الناشئة فى المرحلة السابقة على التعاقد يكون – بحسب الأصل – ماليا، على أساس أن المسؤولية فى هذه المرحلة هى – كقاعدة عامة – تقصيرية، أما فى الحالات التى تكون فيها عقدية – كما أشرنا من قبل – فهل من المتصور هنا أن يكون التعويض فى صورة أخرى غير المال٠ بمعنى آخر هل يمكن الحديث عن تنفيذ عينى للالتزام غير المنفذ٠ فى الواقع أن قبول مثل هذا الجزاء فى هذه المرحلة يصطدم بكثير من المعوقات والصعوبات٠

أولها: أن الخطأ يتمثل هنا فى الامتناع غير المشروع عن التفاوض أو تنفيذ الالتزام بالإخبار، وليس يتمثل فى عدم إبرام العقد الأصلى، وبذلك يتمثل التنفيذ الجبرى لمثل هذا الالتزام فى إجبار الشخص على الاستمرار فى التفاوض وهو ما يتم عن طريق وكيل عن الطرف

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى المصرى، ج ٣، ص ٢٩٦.

الممتنع عن التفاوض يعينه القاضى، وهنا يتقيد هذا الوكيل بكـل مـا يريـده الموكل، ولا يكون فى استطاعته الاستمرار حتى إبرام العقد النـهائى، إلا إذا كان الموكل يرغب فى ذلك، ممـا يفـرغ التنفيـذ الجـبرى للالـتزام مـن مضمونه[1].

ثانيا: إذا اعترفنا بحق القاضى فى التدخل لتحديد عنـاصر الاتفـاق التمهيدى فى المرحلة السابقة على التعاقد· فإن هذا التدخل مقصـور علـى العناصر الثانوية من الاتفاق ولا يشمل العناصر الأساسـية التـى بدونـها لا ينعقد العقد النهائى· وذلك بالقياس على المـادة ٩٥ مـن التقنيـن المدنـى المصرى، المادة ٥٢ مدنى كويتى[2] المتعلقتيـن بالاتفـاق علـى المسـائل الجوهرية فى العقد، ويمكن الأخذ بحكمها فى المرحلة السابقة علـى إبـرام العقد· ومن المعروف أن القاضى يتولى حسم الخلاف بين الطرفيـن بشـأن المسائل الثانوية وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجارى ومقتضيـات العدالـة، ومن هنا يتضح أن تدخل القاضى غير متصور إذا كان خلاف الطرفين فـى مرحلة ما قبل التعاقد متعلقا بمسائل جوهرية·

وقت تقدير التعويض :

يختلف وقت قيام المسؤولية المدنية عن وقت تقدير التعويض عنـها، ويتضح ذلك من تتبع مراحل هذه المسؤولية كما يلى:

المرحلة الأولي :

وتتعلق بوقوع الفعـل الذى يمكن أن يؤدى إلى المسـؤولية والتـى تتحقق بثبوت علاقة السببية بين هذا الفعل والمتسبب فيه· ويشكل هذا الفعـل

---

(1) CEDRAS. l'OBLIGATION DE NéGOCIER. Op. Cit.. P. 287.

(٢) والمادة ١٥٨٣ فرنسى المتعلقة بالبيع·

عنصر الخطأ فى المسؤولية الشخصية وعنصر العمل مصدر الإضرار فى المسؤولية الموضوعية[١].

وتتحدد هذه المرحلة باللحظة التى يرتكب فيها الشخص فعله أو يأتى فيها نشاطه الذى قد يؤدى إلى الضرر. ولكن ربما لا يستتبع إتيان هذا الفعل أو ذاك النشاط ظهور ضرر، بل قد يظهر فى مرحلة تالية على إتيان الفعل. وفى هذه الحالة يتراخى الوقت الذى تتولد فيه المسؤولية وتنشأ إلى حين ظهور الضرر. فالفعل وحده - كقاعدة عامة - ليس منتجا للمسؤولية وإنما لا بد أن يحدث ضررا ولذلك فإن زمان ارتكاب الفعل لا يحدد بذاته تاريخ ميلاد المسؤولية.

المرحلة الثانية :

وتتعلق بالفعل الضار، أى الفعل الذى يؤدى إلى تحقق الضرر، ويحدث غالبا الامتزاج بين الفعل المرتكب - والذى يستتبعه وقوع ضرر - وبين مرحلة الفعل الذى يؤدى بذاته إلى تحقق الضرر[٢].

ولمعرفة تاريخ وقوع الفعل الضار أهمية كبيرة فى مجال المسؤولية، إذ هو الذى يؤدى إلى ميلاد حق المضرور فى التعويض.

---

(1) BIGOT. Responsabilité civile et assurance, 1991, No. 81.

(٢) وكمثال على الفعل الذى يستتبعه وقوع ضرر أن يصدم شخص بسيارته آخر، ففعل الاصطدام بذاته يشكل خطأ أيا كانت درجته ولكن يتوقف اعتباره ضارا أم لا على النتيجة التى تسفر عنها حالة الشخص الذى صدمه، فإذا كان فى غيبوبة ثم فاق منها وجد نفسه سليما معافى ولم يصبه ضرر كان معنى ذلك أن الفعل وقف عند مرحلته الأولى أما إذا نتج عن الاصطدام كسر أحد أعضاء هذا الشخص أو تخلفت عنده عاهة أو حدث له نزيف فهنا تتحقق المرحلتان معا (مرحلة الفعل المرتكب، مرحلة الفعل الضار) وقد يحدث أن تتحقق المرحلتان فى وقت واحد وقد يستغرق ذلك فترة زمنية تطول أو تقصر.

المرحلة الثالثة :

وتتعلق هذه المرحلة بتمام ظهور الضرر وبمطالبة المضرور بالتعويض. ومن الواضح أن مطالبة المضرور الودية أو القضائية بالتعويض وإن كانت ضرورية إلا أنها لا يمكن - بحال - أن تشكل عنصرا فى تكوين وقت ميلاد المسؤولية وتاريخه. ولذلك، فهذه المرحلة لم يأخذها الفقه ولا القضاء كمعيار لنشوء المسؤولية وإنما هى مرحلة كاشفة لوجود المسؤولية من قبل وليست مقررة لها. فحق المضرور فى التعويض يثبت من اليوم الذى تنشأ فيه عناصر المسؤولية وتتضح، وأهمها الفعل الضار والضرر[1] وإنما تبدو أهمية تاريخ المطالبة فى معرفة مدى سقوط الحق فى التعويض وقطع مدة التقادم السارية فى مواجهة المضرور.

المرحلة الرابعة :

وتتعلق هذه المرحلة بتقدير التعويض، وهذا الأمر يعد نتيجة أو أثرا من آثار المسؤولية السابق ثبوتها. فأحكام المحاكم وقرارات الصلح المتعلقة بتقدير التعويض لا تقرر مسؤولية وإنما هى تكشف حقا للمضرور فى التعويض سبق ثبوته بوقوع الفعل الضار.

ومن هذا التحليل لمراحل المسؤولية يتضح أن الوقت المؤثر فى قيام المسؤولية وثبوتها هو وقت ارتكاب الفعل وظهور الضرر وليس وقت إتيان النشاط أو المطالبة بالتعويض أو تقديره.

أما بالنسبة للتعويض فإن وقت تأكد حق المضرور فيه هى مرحلة المطالبة به إما وديا أو قضائيا والتى تتزامن مع وقت حدوث الضرر غالبا، إذ بهذه المطالبة يدل المضرور على اتجاه نيته إلى الحصول على التعويض

---

(1) LAMBERT – FAIVRE: la durée de la garantie dans les assurances de responsabilité, D, 1991, Chro, 13.

وينتفى معها أى احتمال لتنازله عنه• وعلى من له الحق فى التعويض إثبات هذه المطالبة وبخاصة الودية بجميع الطرق• ففى هذه المرحلة يتم تحديد من يستحق التعويض، فعلى القاضى، لتحديد من لهم الحق فى التعويض، الاعتداد أولا بوقت حدوث الفعل الضار ثم بوقت المطالبة بالتعويض•

أما عن وقت تقدير التعويض المستحق للمضرور فإن القضاء – وخاصة محكمة النقض المصرية – قد استقر على أنه وقت الحكم بالتعويض وخاصة عندما يكون الضرر متغيرا يتعين على القاضى النظر إليه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم[1]•

فالعبرة بقيمة الضرر وقت الحكم وليست بقيمته وقت وقوعه• وبالتالى فإن مقدار التعويض الواجب يرتبط بحجم الضرر الناجم وحتى يأتى التعويض جابرا للضرر فلابد أن ينظر إلى هذا الأخير وقت الحكم بالتعويض[2] ويقصد بالحكم هنا الحكم النهائى، فإذا صدر حكم فى أول درجة فالقاضى يقدر التعويض على حسب حجم الضرر وقتئذ، فإذا طعن فى الحكم بالاستئناف فإن التعويض يعاد تقديره وفقا لحجم الضرر عند صدور حكم الاستئناف[3]، ويتوقف حجم التعويض على مقدار الضرر وقت

---

(١) نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧، الطعن ٥، ش ١٦ ق، سعيد شعلة، ص ٨٥، رقم ١، ٢، ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧، وقد جاء فى هذا الحكم "جرى قضاء محكمة النقض بإنه كلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم"• مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٧٨٣، رقم ٨٦. وانظر أيضا نقض مدنى فى ٣ يونيه ١٩٨٦، سعيد شعلة، ص ٨٥، رقم ٢.

(٢) نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨٦، الطعن رقم ٤٣٨، س ٥٦، فى سعيد شعلة، ص ٨٦، رقم ٤.

(٣) د• حسام الأهوانى: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٦٨٦.

فالدائن بالتعويض يمكنه المطالبة بزيادته فى دعوى الاستئناف دون أن يعترض على ذلك بحظر التقدم بطلبات جديدة فى الاستئناف لأن المدعى يطالب فقط بتعويض الضرر، وهو –

الحكم فى الاستئناف فإذا قل الضرر أو تقلص فى قدره عما كان عليه عند صدور حكم أول درجة فإن القاضى يعتد بذلك القدر المتحقق عند الاستئناف أيا كان سبب تقلص الضرر وانخفاضه، بمعنى حتى ولو كان ذلك يرجع إلى سبب خارجى، وفى المقابل، إذا زاد الضرر وتفاقم عما كان عليه من قبل فإن القاضى فى الاستئناف لا يعتد بكل زيادة طرأت على الضرر وإنما يعتد فقط بتلك التى يسأل عنها المتسبب فى الضرر أى الزيادة التى ترتبط بخطئه بعلاقة سببية مباشرة[1].

- طلب مطابق للطلب المقدم لمحكمة أول درجة، فهو طلب واحد، ولذلك يمكن لمحكمة الاستئناف زيادة التعويض المحكوم به فى أول درجة استنادا إلى التغيير اللاحق على الضرر.

د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل: تعويض الضرر فى المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية، ١٩٩٥، ص ١٩٣.

كما قضت فى ذلك أيضا محكمة الاستئناف العليا فى الكويت، دائرة التمييز بأن: "محكمة الاستئناف بما لها من ولاية تامة فى إعادة نظر الدعوى فى حدود ما رفع عنه استئناف يكون قولها هو الفصل فى تقدير التعويض، فلها أن تذهب فى هذا الصدد مذهبا مخالفا لتقدير محكمة أول درجة، ويكفى فى ذلك أن تكون وجهة نظرها هى سائغة واعتمدت فى قضائها على أساس معقول.

طعن رقم ١٩٨٦/٥ عمالى جلسة ١٩٨٦/٤/٢١، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة التمييز، القسم الثانى، المجلد الثانى، يونيه ١٩٩٦، ص ٢٥٣، رقم ١٦١.

[1] فإذا أصيب شخص فى حادث ونتج عن الإصابة عجز قدر بنسبة ٤٠% ثم تعرض لحادث آخر بعد الحكم له بالتعويض فى أول درجة عن العجز - أودى بحياته فلا يجوز لقاضى الاستئناف عند نظر التعويض أن يدخل فى اعتباره الوفاة. بها لأنها بعيدة الصلة عن الحادث الأول الذى صدر حكم أول درجة بالتعويض عنه وإنما يعتد بهذه الوفاة القاضى الذى ترفع أمامه دعوى تعويض الأضرار المترتبة على الحادث الثانى.

د. إبراهيم أبو الليل: تعويض الضرر فى المسؤولية المدنية، المرجع السباق، ص ٢١١.

عناصر تقدير التعويض :

المبدأ العام الذى يحكم التعويض هو ضرورة تساويه مع الضرر الناجم، ويتمثل الأخير فى الخسارة المحققة أو المكسب الضائع، أو بعبارة أخرى ما فات المضرور من كسب وما لحقه من خسارة. فهل ينطبق هذا المبدأ فى حالة المسؤولية الناشئة فى المرحلة السابقة على التعاقد؟

بالنسبة للشق الأول من المبدأ وهو ما لحق المضرور من خسارة، فلا شك فى أن المضرور فى المرحلة السابقة على التعاقد من حقه أن يعوض عن جميع الخسائر التى لحقته إما بسبب عدم التعاقد أو بسبب التعاقد بشكل غير سليم، كما لو تم نتيجة تدليس أو غش. وهذه الخسارة تتمثل فى الأضرار التى أصابته – كما سبق تحديدها – سواء أكانت مادية أم أدبية.

أما عن الشق الثانى، والمتمثل فيما فات المضرور من كسب فمن الصعب تقبله فى كل حالات المسؤولية قبل التعاقدية إذ أن القول به يعنى – فى الوقت نفسه – أننا نرتب أثرا على عقد لم يبرم. إذ أن الكسب المراد تعويضه هو ما كان يأمل المضرور تحقيقه من وراء إبرام العقد، أما وأنه لا يوجد حديث عن عقد فى المرحلة السابقة على التعاقد بل ينصب الكلام عن خطأ ترتب عليه قطع المفاوضات أو توقفها قبل أن تؤدى إلى إبرام عقد فإن من المقبول فى مثل هذه الحالة هو تعويض المضرور من توقف المفاوضات أو فشلها عما لحقه من خسارة بسبب هذا الفشل أو ذلك التوقف أما عن النتائج أو المكاسب التى كان ينتظر تحقيقها بعد إبرام العقد فليس هنا مجال لتعويضها.

ولكن توجد حالات من المسؤولية فى المرحلة السابقة على التعاقد يعوض فيها المضرور عما فاته من كسب بجانب ما لحقه من خسارة، ومنها الحالات التى تكون فيها المسؤولية عقدية مترتبة على مخالفة أو عدم تنفيذ

اتفاقات تمهيدية سابقة على العقد. وكذلك الحالات التى يتم فيها إبرام العقد ثم يشكو أحد طرفيه خطأ الطرف الآخر أو تقصيره فى مرحلة التمهيد لإبرام العقد كما لو اشتكى من عدم قيامه بتزويده بالمعلومات والبيانات اللازمة لتنوير إرادته وبصيرته بشأن العقد المراد إبرامه وكذلك لو أن هناك تدليسا من جانب أحد الطرفين على الآخر. فلا شك فى أن الحديث هنا يتعلق بعقد مبرم يشكو أحد طرفيه من أخطاء ارتكبت قبل انعقاده ولا مانع هنا من تعويضه طبقا للقاعدة العامة عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة.

ويلاحظ أن تقدير التعويض الجابر للضرر هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ما دام يعتمد فى قضائه على أساس معقول.

وقضت فى ذلك محكمة الاستئناف الكويتية - دائرة التمييز بأن: "من المقرر أن استخلاص توافر الضرر الموجب للتعويض ومداه أو عدم توافره من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغا ومردودا إلى أصل ثابت بالأوراق ومن شأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها، كما أن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن فى القانون نص يلزم باتباع معايير أو طرق معينة فى خصوصه هو من سلطة قاضى الموضوع بغير معقب عليه فى ذلك متى كان قد بين عناصر الضرر ووجه أحقية طالب التعويض فيه واعتمد فى تقديره على أساس معقول[1].

---

(١) دائرة التمييز - فى ١٩٨٧/٧/٥، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز، القسم الثانى، المجلد الثانى يونيه سنة ١٩٩٦، ص ٢٥٢، رقم ١٥٤.

وفى المعنى نفسه، محكمة الاستئناف، دائرة التمييز، طعن رقم ٨٥/١٥٩ تجارى جلسة ١٩٨٦/٣/٢٦، ذات المرجع السابق، ص ٢٥١، رقم ١٥٠.

خاتمة

هدف هذا البحث إلى محاولة التعرف على الوسائل التى يمكن عن طريقها ومن خلالها حماية المتعاقدين (وخاصة الطرف الضعيف) فى المرحلة السابقة على التعاقد، التى يمهد فيها الطرفان لإبرام العقد. وتم ذلك من خلال البحث فى التقنين المدنى للوقوف عن النصوص التى قد تمثل حماية للطرف الضعيف فى العقد، ورأينا من خلال استعراضنا لها مقدار ما تحققه من هذه الحماية وكذلك ما قد تشكله من انتقاص لها عن طريق تضييقها من مبدأ سلطان الإرادة وتقييدها لحرية التعاقد. وقد خلصنا إلى عدة نتائج نجتزئ منها ما يلى:

أولا: ركزت معظم نصوص التقنين المدنى سواء فى الكويت أو فى مصر على الحديث عن مراحل العقد منذ لحظة إبرامه وحتى تنفيذه، وأهملت تلك المرحلة السابقة على هذه اللحظة وهذا هو شأن معظم التقنينات اللاتينية على وجه العموم والتشريعات العربية على وجه الخصوص. وجاء ذلك على الرغم من أهمية هذه المرحلة لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفى العقد وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة.

ثانيا: رأينا من خلال البحث أن المتعاقدين ليسوا سواء فى كل العقود بل تختلف أوضاعهم على حسب الظروف التى تحيطهم أثناء التعاقد. فهناك المتعاقد العادى الذى يبرم عقده فى ظروف عادية لا إكراه فيها ولا إجبار، ووجدنا أن المشرع قد ركز على مثل هذا المتعاقد فى المراحل التالية على إبرام العقد دون أن يهتم كثيرا بالمرحلة السابقة على التعاقد. وهناك المتعاقد بالمزايدة أو بالإذعان.

ثالثا: عرضنا لبعض النصوص التى قد تتعلق بالمرحلة السابقة على التعاقد وبحثنا فيها عن الحماية التى قد توفرها للمتعاقدين فى هذه المرحلة، ومنها النصوص المتعلقة بالإحالة إلى العقد النموذج أو اللائحة وكذلك تلك الخاصة بالاتفاق على المسائل الجوهرية وتأجيل الاتفاق على المسائل الثانوية. ووجدنا ما فى هذه النصوص من حماية وكذلك ما يكون بها من انتقاص لحرية التعاقد والذى يتمثل فى قيام القاضى بحسم الخلاف الذى ينشب بين المتعاقدين بالنسبة للأحكام التى لم يعلم بها المتعاقد من العقد النموذج أو اللائحة أو بالنسبة للمسائل الثانوية التى تم اتفاق الطرفين على تأجيلها. وقد رأينا أن إعطاء هذا الدور للقاضى فيه تجاوز بسلطته، إذ يحل بذلك محل المتعاقدين فى تحديد بنود العقد، وذهبنا إلى أنه لا يقبل هذا الدور من جانب القاضى إلا إذا نظرنا إليه على أنه محكم، ورأينا أنه قد يكون من الأفضل اللجوء إلى القواعد المكملة الواردة فى التقنين المدنى والتى وضعها المشرع لسد أى عجز أو تكملة أى نقص فى اتفاق الأطراف.

رابعا: واتجهنا عند الحديث عن التعاقد بالإذعان - إلى توسيع فكرة الإذعان بحيث تشمل كل حالات التعاقد التى ينفرد فيها أحد المتعاقدين بوضع بنود العقد وشروطه ثم يفرضها على الآخر وليس بشرط أن يتمتع هنا بوضع احتكارى للسلعة أو الخدمة محل العقد. وإنما تنطبق أحكام الإذعان كلما كان هناك عقد مفروضة بنوده من متعاقد على آخر ولا يكون أمام الأخير سوى الموافقة أو الرفض دون أن تتوافر لديه القدرة على مناقشة شروط العقد أو على الأقل مناقشة بنوده الرئيسية.

خامسا: عرضنا كذلك للعلاقة بين أرباب المهن الحرة والمتعاملين معهم، ورأينا الالتزام الرئيسى الذى يقع على المهنى فى المرحلة السابقة على التعاقد وهو أن يقوم بالإدلاء بالبيانات وتزويد العميل بالمعلومات التى

تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد أم لا. ورأينا أن الالتزام بتقديم النصيحة أو بالإعلام بشكل عام هو التزام بنتيجة، أى أن المهنى ملزم ببذل النصيحة وتقديمها للعميل أى بالقيام بالعمل المادى المتمثل فى تقديم المشورة أو الإعلام بالبيانات.

سادسا: رأينا أيضا أن المسؤولية الناشئة فى المرحلة السابقة على التعاقد هى كقاعدة عامة – مسؤولية تقصيرية تقوم بحكم القانون، بمعنى أن المسؤولية عن الخطأ فى مرحلة التفاوض تقوم على أساس الفعل الضار طبقا للمادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى والمادة ١٦٣ مدنى مصرى والمادة ٢٢٧ مدنى كويتى. إلا أن هناك حالات استثنائية قد تكون فيها المسئولية عقدية وهى تلك الحالات التى يقطع فيها الطرفان مراحل جادة فى طريقهما إلى التعاقد بحيث يمكن اعتبار ما توصلوا إليه فى هذه المراحل بمثابة اتفاقات تمهيدية سابقة على إبرام العقد الأصلى، ولذلك، فإن عدم تنفيذ أى التزام ورد فى هذه الاتفاقات يرتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية التى تقوم بشأن عدم إبرام العقد الأصلى.

سابعا: عرضنا فى النهاية لدعوى التعويض عن الأضرار الناشئة فى المرحلة السابقة على التعاقد، ورأينا أن هذا التعويض يتم تقديره وقت صدور الحكم وليس وقت ثبوت الحق فيه، ويقصد بالحكم هنا الحكم النهائى، فإذا طعن فى الحكم الابتدائى بالاستئناف فإن التعويض يعاد تقديره عند صدور حكم الاستئناف. واتجهنا إلى أن المضرور من الأخطاء المرتكبة فى هذه المرحلة يتم تعويضه – كأصل عام – عما لحقه من خسارة كما يمكن تعويضه – فى حالات استثنائية – عما فاته من كسب.

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية :

١ ـ د٠ إبراهيم الدسوقى أبو الليل: العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، ١٩٩٧.

٢ – إبراهيم الدسوقى أبو الليل: تعويض الضرر فى المسؤولية المدنية، دراسة تحليلة تأصيلية سنة ١٩٩٥.

٣ ـ د٠ أحمد شرف الدين: أصول الصياغة القانونية للعقود، ١٩٩٣.

٤ ـ د٠ أحمد شوقى عبد الرحمن: قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين، ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، ١٩٧٧.

٥ ـ د٠ أحمد عبد الرحمن الملحم: الاحتكار والأفعال الاحتكارية، مطبوعات جامعة الكويت، سنة ١٩٩٧.

٦ ـ السنهورى: الوسيط، فى شرح القانون المدنى - الجزء الأول - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

٧ – السنهورى: مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى، ج ١، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع٠

٨ ـ أحمد محمد محمد الرفاعى: الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

٩ ـ السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧.

١٠ ـ د٠ أمية علوان: "ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات فى العقود التجارية"، تقرير مقدم إلى مؤتمر معهد قانون الأعمال الدولى بكلية حقوق القاهرة، من ٢ - ٣ يناير سنة ١٩٩٣.

١١ ـ د٠ حسام الدين كامل الأهوانى: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٥.

١٢ - د. حمدى عبد الرحمن: الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

١٣ - د. جلال محمد إبراهيم: التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤.

١٤ - د. جميل الشرقاوى: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥.

١٥ - د. سعد واصف: التأمين من المسؤولية فى عقد النقل، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة ١٩٥٨.

١٦ - حسن البراوى: عقد تقديم المشورة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٧.

١٧ - سعيد عبد السلام: سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، ١٩٩٢.

١٨ - د. سهير منتصر: الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.

١٩ - د. صلاح الدين فوزى: قانون المناقصات والمزايدات رقم ١٨ لسنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٢٠ - د. عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، الطبعة السادسة.

٢١ - د. عبد الفتاح عبد الباقى: مصادر الالتزام فى القانون الكويتى، سنة ١٩٨٨.

٢٢ - د. عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والإرادة المنفردة، سنة ١٩٨٤.

٢٣ - د. عبد الودود يحيى: الموجز فى النظرية العامة للالتزامات، المصادر، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤.

٢٤ - د. عبد الرحمن العدوى: تحذير شامل من عمليات نقـــل الأعضـــاء، مجلة منبر الإسلام، السنة ٥١ العدد ١٨، ص ٨٥.

٢٥ - د. عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان فـــى القـــانون المصـــرى، ١٩٤٦.

٢٦ - رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقـــد، دار النهضـــة العربيـــة، ٢٠٠٠.

٢٧ - د. محمد المرسى زهرة: بيع المبانى تحت الإنشاء، دراسة مقارنة فـــى القانون المصرى والفرنسى والكويتى، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٧.

٢٨ - د. محسن شفيق: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضـــائع، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨.

٢٩ - د. محمد عبد الظاهر حسين: عقد التأمين، دار النهضة العربية، ســـنة ١٩٩٥.

٣٠ - د. محمود جمال الدين زكى: مشكلات المسؤولية المدنيـــة، ا لجـــزء الأول، ص ١١٨.

٣١ - محمود خلف الجبورى: النظام القانونى للمناقصات العامة، دار الثقافـــة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.

٣٢ - د. مصطفى الجمال: التأمين الخاص وفقا لأحكام القانون المصـــــرى، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.

٣٣ - د. نزيه محمد الصادق المهدى: الالـــتزام قبـــل التعـــاقدى بـــالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٢.

٣٤ - د. نزيه محمد الصادق المهدى: عقد التأمين، دار النهضـــة العربيـــة، سنة ١٩٩٤.

٣٥ - د. يوسف القرضاوى: الحلال والحرام فى الإســـلام، دار المعرفـــة، الدار البيضاء، ١٤٠٥هـــ، ١٩٨٥م.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :

1 – BENBENT, la chance et le droit, Paris, L.G.D.J. 1973.

2 – Bigot, Responsabilité civile et assurance, 1991.

3 – Bocara, (B.) Dol – Silence et reticence, Gaz – Pal 1953, 1, Doct, P. 24.

4 - BOYER, l`obligation de Rensignement dans la formation du contrat, thése – Aix – Marseille, 1977.

5 – CHOISEZ, note sous, cass. Civ., 1-12-1998, D, 2000 N° 19, P. 404.

6 – CEDRAS (J.) l`obligation de négocier, Rev. Tr. Dr. comm. Et économique, 1985, P. 265.

7 – CORNU, obs – in, Rev – Tr – Dr – Civ, 1972, P. 418.

8 – DEMOGUE, Traite des obligations, T, I.

9 – DE PAGE, Traite elementaire de droit civil Belge Tome II.

10 – DOMONT – NAERT, les relations entre professionnels et consommateurs en droit BELGE, "la protection de la partie faible dans les rapports contractuels Ouvrage presenté par le centre de droit des obligations de l`unversite de Paris, I, 1996, P. 219.

11 – Frossard, la distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat, the, Lyon, 1965.

12 – FAGNART, l`execution de bonne foi des conventions, un principe en expansion – Rev – Crit – Jur Belge, 1986, P.P., 286, 316.

13 – FERRIER. (D.), Les despositions d`ordre public visant á préserver la refléxion des contractant, D, 1980, Chro, N° 6 P. 178.

14 – GERAR D. lyon – Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi, Rev – Tr – Dr – Civ -, 1946, P. 81.

15 – GHESTIN (J.) Les contrats d'adhesion et la protection de la partie Faible dans les rapports contractuels, ouvrage presenté par, le centre de droit des obligations de l'université de Paris I, 1996. P. 22.

16 – GERVAIS, note sous, Cass. Civ. 1-10-1998, J.C.P., 2000, J. P. 279.

17 – Louis Dubois, Note sous Cass – Civ. 1ere 25-2-1997, in, Rev. Tr – Dr – San – Soc, 1997, P.P. 288, 292.

18 – LAMBERT – FAIVRE, la durée de la garantie dans les assurance de responsabilité, D, 1991, chro, 3.

19 – Jacques Moreau, note sous, cons – D'état, 14-2-1997, J.C.P., 1997, J, No. 22828.

20 – MAILON (Maire) contribution a l'étude juridque d'un contrat de conseil, Rev – Tr – Dr – Civ, 1993, P. 5.

21 – MAGNIN: Reflexions sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques, J.C.P. 1976, 1, 2780.

22 – MARTY (G) et RANAUD ([.), DROIT CIVIL, LES OBLIGATIONS, 2 EME ED, TOME, 2.

23 – Marco – cohin: l'abstention Fautive, these, Paris, 1929.

24 – MESTRE, (J.) observation sous Riom, 3eme ch, 1-6-1992, Rev – Tr – Civ – 1993, P. 343.

25 – MESTRE, (J.) note sous, Cass. Civ. 18 - 7-2000, D, 2000, I.R., 247.

26 - patrice jourdain, note sous, Cass. Civ. 9-1-2000 D, 2000, P. 117.

27 - PAUL = H – DELVAUX, les contrats D`adhésion et les clauses abusives en droit BELGE, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Ouvrage presenté par le centre de droit des obligations de l`unversite de Paris I. 1996.

28 - PH. Le tourneau, les professionnels – ont – ils coeur, D, 1990, Ch. P. 21.

29 – PH – REMY, obs – in Rev – Tr – Dr – Civ. 1984, P. 523, No. 2.

30 - RIPERT, (G.), la regle morale dans les obligations civiles, 3eme éd.

31 – SAVATIER, le contrat de conseil, D, 1972, P. 10.

32 - SCHMIDT, la sanction de la faute précontractuelle, Rev – Trem – Dr – Civ, 1977, 72.

33 - SCHMIDT, (J.) le prix du contrat de Fourniture, D, 1985, chro, P. 176.

34 - SCHMIDT, obs – in Rev – Tr – Dr – Civ. 1976, P. 547.

40 - SINAY – CYTERMANIN, les ralations entre professionnels et consommateurs en droit Français, in ouvrage présenté par le centre de droit des obligations precite, P. 241.

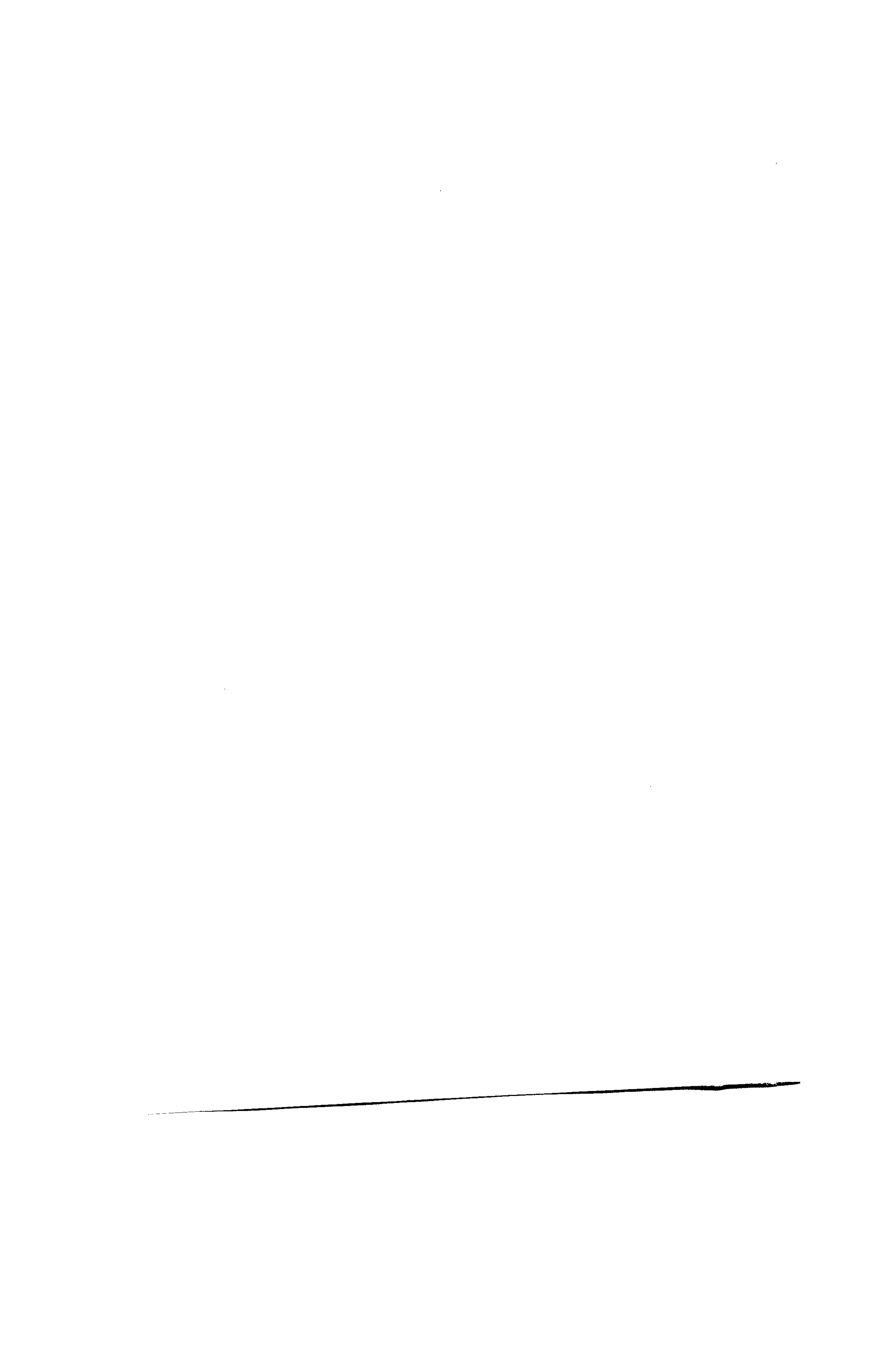
41 - STEMMER (G.), not sous: cass – civ – 13-7-1982, J.C.P, 1983, 2, 20026.

42 – STARCK, Droit civil, intorduction, 1970.

43 - THOMAS, la distinction des obligations de Moyens et des obligations de resultat, Rev – Crit, 1937, P. 637.

44 - VICTOIR - HAIM, De l`information du patient a l`indemnisation de la victime par ricochet, D, 1997, Chro, 125.

فهرست الموضوعات



رقم الإيداع
٢٠٠١/١٠١٨٢
الترقيم الدولى .I.S.B.N
977 - 04 - 3475 - 2